

UNIVERSITÉ D'ALGER — FACULTÉ DE DROIT

(ANNÉE 1933) — N° 2

LA LOI TUNISIENNE DU 1^{ER} JUILLET 1885

SUR

LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

ET

LE RÉGIME DES LIVRES FONCIERS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement

le 23 janvier 1934

PAR

SOULMAGNON (GEORGES)

né à Chambon-sur-Voueize (Creuse) le 24 juillet 1888

JURY	{	MM. MILLIOT,	{	<i>Président</i>
		BRETON,		<i>Suffragants</i>
		BERGER-VACHON,		

LIBRAIRIE DU RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot — PARIS (V^e)

1933



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ D'ALGER — FACULTÉ DE DROIT

(ANNÉE 1933) — N° 6

2

LA LOI TUNISIEENNE DU 1^{ER} JUILLET 1885

SUR

LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

ET

LE RÉGIME DES LIVRES FONCIERS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement

le 23 janvier 1934

PAR

SOULMAGNON (GEORGES)

né à Chambon-sur-Voueize (Creuse) le 24 juillet 1888

JURY { MM. MILLIOT, *Président*
BRETON, } *Suffragants*
BERGER-VACHON, }

LIBRAIRIE DU RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot — PARIS (V)

1933



UNIVERSITÉ D'ALGER

FACULTÉ DE DROIT

MM. MILLIOT, I. 	Doyen, Professeur de Droit musulman.
PELTIER, ✱, I. 	Professeur d'Histoire générale du Droit français, Assesseur du Doyen.
MALLARMÉ, I. 	Professeur de Droit administratif, en congé.
BIENVENÛE, 	Professeur de Droit public.
CHAUVEAU.....	Professeur de Droit commercial.
GAFFIOT.....	Professeur d'Economie politique.
STÉFANI.....	Professeur de Droit civil.
FRÉJAVILLE.....	Professeur de Droit civil.
VIARD.....	Professeur de Pandectes.
BRETON.....	Professeur de Droit civil.
BERGER-VACHON.....	Professeur de Droit criminel.
BOUSQUET.....	Agrégé, en mission.
FAÛRE DE CÉRIS, I. 	Chargé des fonctions d'agrégé.
DELVOLÉ.....	Chargé des fonctions d'agrégé.
GÉRARD, I. 	Professeur honoraire.
TESTAUD, I. 	Professeur honoraire.

JURY DE LA THÈSE :

MM. MILLIOT.....	<i>Président</i>
BRETON.....	} <i>Suffragants</i>
BERGER-VACHON.....	

NOTA. — La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MEMOIRE DE MON FRÈRE

EXPLICATION DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Art.....	Article.
Alger.....	Arrêt de la Cour d'appel d'Alger.
B. P. T.....	Bibliothèque publique de Tunis.
Cass.....	Arrêt de la Cour de cassation.
Cass. civ.....	Arrêt de la Cour de cassation (chambre civile).
Cass. req.....	Arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes).
C. civ.....	Code civil.
C. com.....	Code de commerce.
C. O.....	Code tunisien des obligations et des contrats.
C. pr. civ.....	Code de procédure civile.
D.....	Dalloz. Recueil périodique de jurisprudence (le 1 ^{er} nombre indique l'année; le 2 ^e , la partie; le 3 ^e , la page).
J. C.....	Journal des conservateurs des hypothèques (le 1 ^{er} nombre indique l'année; le 2 ^e , la page).
J. O.....	Journal officiel français.
Journ. du Dr. intern. priv....	Journal du Droit international privé (Clunet).
J. T.....	Journal des tribunaux de la Tunisie (le 1 ^{er} nombre indique l'année; le 2 ^e , la page).
N°.....	Numéro.
Op. cit.....	Ouvrage cité.
P. V.....	Procès-verbaux de la commission extraparlamentaire du cadastre (1892-1905).
R. A.....	Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence (le 1 ^{er} nombre indique l'année; le 2 ^e , la partie; le 3 ^e , la page).
S.....	Sirey. Recueil général des lois et des arrêts (le 1 ^{er} nombre indique l'année; le 2 ^e , la partie; le 3 ^e , la page).
Sousse.....	Jugement du tribunal civil de Sousse.
T. M.....	Jugement du tribunal mixte immobilier de Tunisie.
Tunis.....	Jugement du tribunal civil de Tunis,

BIBLIOGRAPHIE

DROIT FRANÇAIS

- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*. Paris, Marchal et Godde, 1897-1912, 12 vol. in-8°. (B.P.T., 3139, in-8°).
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de Droit civil*. Paris, L. Larose et Forcel, 1888-1889, 3 vol. in-8°. (B.P.T. 34.643, in-8°).
- BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — *Traité théorique et pratique de Droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, tomes xxv à xxvii. Paris, Recueil Sirey, 1905-1908, 29 vol. in-8°. (B.P.T. 32.798, in-8°).
- BUISSON (Albert). — *Les groupements d'obligataires. Etude juridique, économique et législative*. Paris, R. Pichon et R. Durand Auzias, 1930, 1 vol. in-8°.
- BOULANGER. — *Traité pratique et théorique des radiations hypothécaires*. Paris, *Journal des Notaires*, 1909, 2 vol. in-8°.
- COLIN et CAPITANT. — *Traité élémentaire du Droit civil français*. Paris, Librairie Dalloz, 1914-1921-1922, 3 vol. in-8°. (B.P.T. 7.299, in-4°).
- ¹ GARSONNET et CÉZAR-BRU. — *Précis de procédure civile*. Paris, Soc. du Recueil Sirey, L. Larose et L. Tenin, 1909, 1 vol. in-8°. (B.P.T. 15.895, in-8°).
- GLASSON (E.) et COLMET-DAAGE (L.). — *Précis théorique et pratique de procédure civile*. 2^e édition revue par A. TISSIER. Paris, Pichon et Durand Auzias, 1908, 2 vol. in-8°.
- GUILLOUARD (L.). — *Traité des privilèges et hypothèques*. Paris, Pedone, 1897-1900, 4 vol. in-8°.
- JACQUET et VÉTILLARD. — *Traité de la mainlevée d'hypothèque et des radiations d'inscriptions*. Toulouse, E. B. Soubiron, 1923, 1 vol. in-8°.
- JOSSERAND. — *Traité élémentaire de Droit civil*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932-1933, 2 vol. in-8°. (B.P.T. 83.203).
- LAURENT (François). — *Principes du Droit civil*. Bruxelles, Bruylant Christophe et Cie, 1878, 33 vol. in-8°. (B.P.T. 83.203).
- LAURENT (François). — *Droit civil international*. Bruxelles, Bruylant, 1880-1882, 8 vol. in-8°.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Manuel de Droit commercial*. Paris, F. Pichon et Durand Auzias, 1913, 1 vol. in-8°. (B.P.T. 11.663, in-8°).

PLANIOU. — *Traité élémentaire de Droit civil*. Paris, F. Pichon et Durand Auzias, 1920-1921, 8^e édition, 3 vol. in-8°. (B.P.T. 4.439, in-8°).

THALLER. — *Traité élémentaire de Droit commercial à l'exclusion du Droit maritime*. Paris, Arthur Rousseau, 1910, 1 vol. in-8°. (B.P.T. 4.651, in-8°).

WEISS. — *Traité théorique et pratique de Droit international privé*. Paris, Librairie Larose et Forcel, 1892-1905, 5 vol. in-8°. (B.P.T. 15.907, in-8°).

LÉGISLATION ALGÉRIENNE, TUNISIENNE

ET DES POSSESSIONS FRANÇAISES

LÉGISLATION COMPARÉE — LIVRE FONCIER

BARRAULT. — *L'organisation de la propriété foncière en Tunisie*. Paris, Impr. Jouve, 1903, 1 vol. in-8°. (Paris, Thèse, 1903). (B.P.T. 3.283, in-4°).

BEAUMONT. — *De l'établissement du notariat en Tunisie*. Cambrai, Fernand Deligne et Cie, 1902, in-8°. (Paris, Thèse, 1902). (B.P.T. 3.165, in-4°).

BESSIS (Albert). — *Essai sur la loi foncière tunisienne*. Paris, Arthur Rousseau, 1912, in-8°. (Paris, Thèse, 1912). (B.P.T. 11.226, in-4°).

BESSON (Emmanuel). — *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*. Paris, J. Delamotte, 1891, 1 vol. in-8°. (B.P.T. 13.433, in-8°).

BOUDILLON. — *Le régime de la propriété foncière en Indo-Chine*. Paris, Larose, 1915, 1 vol. in-8°.

CAMBON (Paul). — *La propriété foncière en Tunisie. Recueil officiel des Lois, Décrets et Règlements précédé d'un rapport*. Tunis, Impr. B. Borrel, 1886, 1 vol. in-8°. (B.P.T., 5.951, in-8°).

CARDON (Louis). — *Le régime de la propriété foncière en Syrie et au Liban*. Paris, Recueil Sirey, 1932, 1 vol. in-8°.

CHAVIGNY (Desmé de). — *La terre collective de tribu en Algérie et en Tunisie*. Tunis, Impr. Centrale Guinle, 1911, 1 vol. in-8°. (B.P.T. 2.323, in-4°).

COMMUNAUX. — *Du régime de l'expropriation pour cause d'utilité publique en Tunisie*. Tunis, Impr. Rapide, 1913, 1 vol. in-8°. (Aix, Thèse, 1913). (B.P.T., 2.587, in-4°).

COQUILHAT (J.) et BISMUTH (Victor). — *Régime légal et fiscal des sociétés en Tunisie*, Tunis, Impr. J. Aloccio, 1932, 1 vol. in-8°.

DAIN. — *Rapport au sujet de l'application du système Torrens en Tunisie et en Algérie*. (R. A., 85, 1, 285).

- DAIN. — *Rapport au sujet du projet de loi sur le régime de la propriété foncière en Algérie.* (R. A., 87, 1, 1).
- DEFRENOIS. — *Traité de Législation étrangère. Droit notarial et civil.* Paris, chez l'auteur. Répertoire du Notariat, 1901-1906, gr. in-8°.
- DUBOURDIEU (Lucien). — *Notes sur l'application de la loi foncière* (non publiées).
- DUMAS (Paul). — *Rapport sur une proposition tendant à réformer l'immatriculation*, 1909 (non publié).
- DUMAS (Paul). — *Les populations indigènes et la terre collective de tribus en Tunisie.* Tunis, Impr. Borrel, 1912, 1 vol. in-8°. (B.P.T. 7.028, in-4°).
- FRANCE DE TERSANT (de). — *Une conservation d'hypothèques sous le régime du livre foncier.* (R. A., 91, 1, 193).
- L'INOCCHI. — *Essai sur la législation tunisienne de l'enregistrement.* Tunis, A. Fortin, 1913, 1 vol. in-8°. (Aix, Thèse, 1913). (B.P.T. 2.313, in-4°).
- FITOUSSI et BENAZET. — *L'Etat tunisien et le Protectorat français.* Paris, Rousseau, 1931, 2 vol. in-8°. (B.P.T. 9.981, in-4°).
- LABBE (E. H.). — *Articles et notes publiés dans la Revue Algérienne et le Journal des Tribunaux de Tunisie.*
- LARCHER et RECTENWALD. — *Traité élémentaire de législation algérienne.* 3^e édition. Paris, Rousseau et Cie, 1923, 3 vol. in-8°. (B.P.T. 19.187, in-8°).
- LEPINOIS. — *Traité théorique et pratique de la transcription, des privilèges et des hypothèques en Belgique.* Liège, Godenne ou Bruxelles, Van Tleferen, 1893-1903, 6 vol. in-8°.
- LESCURE (Paul). — *Du double régime foncier de la Tunisie. Droit musulman et loi foncière.* Tunis, Impr. Française, 1900, 1 vol. gr. in-8°. (Aix, Thèse, 1900). (B.P.T. 1.270, in-4°).
- LOTA. — *La propriété foncière à Madagascar et dépendances.* Tananarive, Impr. Pitot et Cie, 1931, 1 vol. in-8°.
- MAXWELL. — *Exposé théorique et pratique du système Torrens.* Trad. DE FRANCE DE TERSANT. Alger, Jourdan, 1889, 1 vol. gr. in-8°. (B.P.T., 1.064, Br.).
- MILLIOT (Louis). — *L'association agricole chez les musulmans du Maghreb.* Paris, Rousseau, 1910, 1 vol. in-8°. (Paris, Thèse, 1910).
- MONTÉTY (de). — *Une loi agraire en Tunisie.* Cahors, Impr. Coueslan, 1927, 1 vol. gr. in-8°. (Toulouse, Thèse, 1927). (B.P.T. 11.214, in-4°).
- MORAND. — *Introduction à l'étude du Droit musulman algérien.* Paris, Libr. Germer, Baillière, s.d., 1 vol. in-8°. (B.P.T. 1.318, Per. 1).
- MORAND. — *Avant-projet de code du Droit musulman algérien.* Alger, Jourdan, 1916, 1 vol. in-8°. (B.P.T., 5.596, in-4°).

- MOREL (René). — *Le régime foncier d'Alsace et de Lorraine*. Paris, Sirey, 1916, 1 vol. in-8°. (B.P.T., 20.384, in-8°).
- PIOLLET. — *Du régime de la propriété foncière en Tunisie*. Paris, Rousseau, 1897, 1 vol. in-8°. (Bordeaux, Thèse, 1897).
- PONTOIS. — *Rapport au sujet du projet de la loi foncière tunisienne*. (R. A., 85, 1, 121).
- POUYANNE. — *Rapport sur l'application du système Torrens en Tunisie et en Algérie*. Alger, Heintz, 1903, 1 vol. gr. in-8°. (B.P.T. 10.778, in-4°).
- POUYANNE. — *La propriété foncière en Algérie*. Alger, Jourdan, 1900, 1 vol. in-8°. (B.P.T. 2.649, in-4°).
- RAISON. — *Traité des successions d'étrangers*. Paris, *Revue de l'Enregistrement*, 1911, in-8°.
- RECTENWALD. — Articles et notes publiés dans la *Revue Algérienne*.
- ROGER (François). — *La réforme du régime foncier en France*. Paris, Impr. Godde, 1922, 1 vol. in-8°.
- ROGUIN. — *Traité de droit civil comparé*. Lausanne, Pichon, 1904, 1 vol. in-8°.
- ROSSEL et MENTHA. — *Manuel du Droit civil suisse*. Lausanne, Payot, 1922, 3 vol. in-8°.
- SCEMAMA (Raymond). — *Essai sur les conflits de lois en Tunisie en matière de droit de famille*. Paris, R. Pichon et R. Durand Auzias, 1930, gr. in-8°. (Paris, Thèse, 1930). (B.P.T. 9.982, in-4°).
- SCEMAMA (Jacques). — *Les hypothèques en Tunisie*. Tunis, Impr. Moderne, 1902, 1 vol. in-8°. (Aix, Thèse, 1903). (B.P.T. 1.154, in-4°).
- SOULMAGNON (René). — *Principes du contentieux administratif tunisien*. Tunis, Impr. Namura et Bonici, 1922, 1 vol. gr. in-8°. (Paris, Thèse, 1922). (B.P.T. 6.297, in-4°).
- TIBI. — *Le statut personnel des israélites*. Tunis, Guénard, 1923, 4 vol. gr. in-8°. (B.P.T. 6.773, in-4°).
- VALENT et VEYRIES. — *Guide pratique de l'usager de la conservation foncière au Maroc*. (Société marocaine d'Etudes).
- VIOLLETTE (René). — *L'acte Torrens, son application en Australie et en Tunisie*. Paris, Impr. Jouve et Boyer, 1900, in-8°. (Paris, Thèse, 1900). (B.P.T. 4.961, in-4°).
-

RECUEILS DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE

PUBLICATIONS DIVERSES — PÉRIODIQUES

- Act Torrens*. Loi sur la propriété du 7 août 1861. Traduction (R. A., 86, 1, 1).
- Annuaire de législation étrangère*, publié par la Société de Législation comparée. Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, in-8°, 1872 et suivantes. (B.P.T. 3.755, Per.).
- BERGE. — *Répertoire de la Jurisprudence tunisienne*. Tunis, Borrel, 1910, 2 vol. in-8°. (B.P.T. 3.729, Per.).
- Bulletin mensuel de la Société de Législation comparée*. Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, gr. in-8°, 1869 et suivantes. (B.P.T. 3.732, Per.).
- Code civil allemand* et loi d'introduction, suivis de la loi sur les livres fonciers et de celle sur la vente et l'administration forcées, traduits et annotés par M. DE LA GRASSERIE. Paris, Pedone, 1897, in-8°.
- Codes et lois de la Tunisie*, annotés des décisions de la jurisprudence, par MM. LAGRANGE et FONTANA, continués par M. R. SOULMAGNON, Tunis, 1912-1920 et suivantes, 2 vol. et 4 suppléments in-4°.
- Codes et lois spéciales en vigueur en Belgique*, par MM. SERVAIS et MECHE-LYNCK. Bruxelles, Bruylant, 1924, in-8°. (B.P.T. 31.197, in-8°).
- Code civil italien*, traduit et annoté par M. PRUD'HOMME. Paris, Pedone, 1896, in-8°.
- Code civil suisse et Code des obligations*, annoté par M. ROSSEL. Lausanne, Payot, 1911, in-8°.
- Commission extraparlamentaire du cadastre. Procès-verbaux*. Paris, Impr. Nationale, 1891-1905, 9 fasc., in-4°.
- Dalloz. Recueil périodique et critique* de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public. Paris, Libr. Dalloz, 11, rue Soufflot, gr. in-4°, 1845 et suivantes. (B.P.T. 3.663, Per.).
- Dalloz. Répertoire méthodique et alphabétique* de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence en matière de Droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public. Paris, Libr. Dalloz, 1844-1869, 44 vol. in-4°. (B.P.T. 3.664, Per.).
- Direction générale de l'Agriculture, du Commerce et de la Colonisation, Statistique générale de la Tunisie*. Tunis, Aloccio, in-8°, 1881 et suivantes. (B.P.T. 820, Per.).

Journal des Conservateurs des hypothèques (Jurisprudence, Législation, Doctrine), publié par Hervieu. Paris, 59, rue de Provence, in-8°, 1845 et suivantes.

Journal des Tribunaux de la Tunisie. Revue mensuelle de législation et de jurisprudence. Tunis, 53, rue de Naples, in-8°, 1889 et suivantes. (B.P.T. 3.731, Per.).

Journal du Droit International (anciennement « Journal du Droit International privé »), fondé par M. E. CLUNET et continué par M. A. PRUDHOMME. Paris, Godde, in-8°, 1874 et suivantes. (B.P.T. 3.641, Per.).

Notice sur le régime foncier dit de l'immatriculation, contenant les textes relatifs à l'organisation de la propriété foncière au Maroc, publié par la Conservation de la propriété foncière de Rabat.

Recueil des décrets, arrêtés et circulaires, relatifs au régime de la propriété foncière en Cochinchine et dans les concessions françaises en Annam et au Tonkin, publié par le Gouvernement général de l'Indo-Chine. Hanoï, Impr. d'Extrême Orient, 1 vol. in-8.

Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine de Législation et de Jurisprudence, fondée par l'Ecole de Droit d'Alger et publiée sous la direction de M. R. ESTOUBLON. Alger, Libr. Cartonnel, gr. in-8°, 1885 et suivantes. (B.P.T. 3.726, Per.).

Sirey (J. B.). — Recueil général des Lois et Arrêts. Paris, Libr. du Recueil Sirey, 22, rue Soufflot, 1831 et suivantes. (B.P.T. 3.675, Per.).



INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU SYSTÈME DES LIVRES FONCIERS

1. — DÉFINITION DU LIVRE FONCIER. — Dans le système des livres fonciers la loi considère, non pas le propriétaire, mais l'immeuble lui-même. C'est l'immeuble qu'elle suit dans ses mutations successives. Il faut donc que d'abord l'immeuble soit déterminé au point de vue de son identité physique par des opérations topographiques. A la base du système est le cadastre ou, dans les pays d'immatriculation facultative et qui ne possèdent pas encore de cadastre, le plan de l'immeuble. La parcelle cadastrale, ou un ensemble de parcelles appartenant au même propriétaire, forme l'unité foncière.

Le livre foncier est un registre public sur lequel chaque unité foncière a son feuillet. Toutes les opérations juridiques qui la concernent sont enregistrées sur ce feuillet. Cette organisation, que l'on nomme la publicité réelle, constitue en elle-même une très grande simplification; l'immeuble forme l'assiette invariable de la propriété et des droits réels; les droits dont il est affecté sont consignés à un compte unique au lieu d'être disséminés, comme sous les régimes de publicité personnelle, entre les multiples comptes des propriétaires successifs.

2. — PRINCIPES. — Mais pour donner la sécurité aux transactions et au crédit, il ne suffit pas d'une organisation matérielle meilleure de la publicité. Il faut encore que cette publicité soit générale et complète, qu'elle s'étende aux droits réels de toute nature existant sur l'immeuble, en d'autres termes il faut qu'aucune charge susceptible d'intéresser les tiers acquéreurs ou créanciers ne reste occulte. Cette publicité enfin doit être organisée de telle manière qu'elle fasse preuve au profit des tiers. C'est dans l'autorité du registre public qu'est la caractéristique du régime du livre foncier. Notre code civil, héritier du droit romain, et comme lui profondément individualiste,

est imprégné de cet axiome fondamental : nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en possède lui-même. La publicité, appuyée sur cette règle, ne peut valoir qu'à titre de renseignement, donné sans garantie. Celui qui acquiert ou qui prête ne sait pas s'il traite avec le véritable propriétaire, la transcription du titre de son co-contractant ne le protège pas contre les causes de nullité ou de résolution qui peuvent vicier ce titre. Le système des livres fonciers part d'une idée toute autre : il s'inspire avant tout du souci de contribuer au progrès économique et il n'hésite pas, dans des cas que la loi doit, bien entendu, s'efforcer de rendre exceptionnels, à faire fléchir le droit de l'individu devant l'intérêt général. La propriété doit se transmettre facilement et sans risque pour arriver plus vite entre les mains qui seront les plus aptes à la faire prospérer, le propriétaire doit être assuré que son droit ne sera pas contesté afin que la mise en valeur du sol, œuvre de longue haleine, ne soit pas paralysée par l'incertitude du lendemain, le crédit hypothécaire doit être organisé de telle sorte que le créancier qui n'a pas prêté au delà de la valeur de l'immeuble soit sûr d'être remboursé, afin que les capitaux soient mis en abondance, et à un taux modéré, à la disposition des agriculteurs. Tel est le but. Le moyen de consolider la propriété et le crédit, c'est de conférer à l'inscription sur le registre public une valeur telle qu'elle mette le droit inscrit à l'abri des contestations. Renonçant à l'ancienne règle, il faut admettre que la publicité n'a pas seulement pour résultat de rendre les actes opposables aux tiers, mais fait en même temps la preuve de leur validité au profit des tiers. Dès lors, l'inscription ne doit être accordée qu'à des actes réguliers et il y a lieu de procéder à un contrôle préalable. Le système des livres fonciers comporte donc, à l'analyse, trois règles essentielles :

1° Le registre public doit être complet, c'est-à-dire relater tous les faits et conventions qui intéressent l'immeuble, il doit en outre être clair et facile à consulter, c'est à quoi tend la *publicité par feuillets réels*.

2° Le droit ne doit être admis à figurer sur le registre que moyennant certaines précautions et garanties, en d'autres termes, les actes qui ont constaté sa naissance ou son transfert sont l'objet d'une vérification préalable, c'est le principe de la *légalité* ⁽¹⁾.

(1) Sur la terminologie, v. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, p. 267. BUENOIR, *Commission extraparlémentaire du cadastre, procès-verbaux, fascicule I*, p. 197.

3° Les énonciations du registre prouvent, au profit des tiers, la légitimité du droit rendu public, c'est le principe de la *force probante*.

Du principe que la publicité est générale, complète et que le compte ouvert à l'immeuble doit faire connaître tous les droits réels dont celui-ci est grevé, il résulte que les privilèges et les hypothèques légales doivent être soumis à l'inscription et que les inscriptions doivent énoncer les sommes qu'elles garantissent. De ce que la publicité est organisée par feuillets réels découle cette autre conséquence qu'il est nécessaire de proscrire les charges qui ne sont pas spécialisées sur chaque immeuble, mais grèvent d'une manière générale le patrimoine immobilier du débiteur, telles que l'hypothèque judiciaire. La règle de la publicité se complète par un double corollaire : spécialité des inscriptions quant aux droits garantis, spécialité quant aux immeubles grevés.

3. — ADAPTATION AU CODE CIVIL. — Si toutes les législations se rattachant au système des livres fonciers sont basées sur la publicité réelle, avec spécialité des charges, la légalité et la force probante, toutes n'ont pas appliqué ces principes sans quelques tempéraments et ne les ont pas sanctionnés avec la même rigueur. On peut relever des divergences à ce point de vue entre les deux pays qui sont les terres classiques du livre foncier : l'Allemagne et l'Australie. Plus notables encore sont les dérogations admises par les lois foncières du groupe français, et spécialement par la loi tunisienne. Celles-ci ont tout naturellement subi l'influence de notre code civil. La loi tunisienne a voulu être « une œuvre de sage éclectisme » ⁽¹⁾, elle n'a pas prétendu faire table rase de dispositions qui sont le fruit d'une longue formation juridique et qui se recommandent non seulement par l'imposante logique de leurs déductions, mais aussi et surtout par la protection qu'elles accordent au droit de l'individu. L'autorité du registre public en particulier devait s'adapter aux conceptions françaises. J'examinerai en détail, plus loin, de quelle manière et dans quelle mesure le texte tunisien a réalisé cette conciliation.

4. — IMMATRICULATION PRÉALABLE. — Au livre foncier, il faut un point de départ qui soit bien précisé et ne puisse plus être remis en question. Donc, à l'origine, doit être instituée une procédure de purge des droits antérieurs; cette procédure, dont la Tunisie a em-

(1) BESSON, *op. cit.*, p. 379.

prunté l'idée première à la loi algérienne de 1873 et certaines des grandes lignes à l'*Act Torrens*, est l'*immatriculation*. Elle marque le passage du régime ancien sous le régime nouveau, a pour objet de fixer la consistance de l'immeuble et les droits dont il est affecté et se caractérise essentiellement en ce qu'elle opère *erga omnes* à la différence des instances ordinaires, dont la portée est relative. Nous verrons que la loi tunisienne a innové, heureusement suivant les uns, fâcheusement selon les autres, en confiant l'examen des demandes à un tribunal spécial, mais qu'à l'exemple de l'Algérie, elle a attribué à la procédure initiale les effets les plus énergiques.

5. — PLAN D'ÉTUDE. — La loi tunisienne n'a pas eu seulement à déterminer le mécanisme de la publicité foncière et hypothécaire et la portée des inscriptions; il était en outre nécessaire de définir le droit de propriété et les autres droits réels et d'instituer le régime des biens immobiliers. En ce qui concerne la propriété et ses démembrements, il n'y avait point lieu, en général, d'innover; les dispositions du code civil n'ont pas vieilli, elles s'imposaient à l'esprit des auteurs de la loi. Il suffira donc de signaler quelques divergences de détail et d'examiner certains droits réels locaux qui n'ont pas leur équivalent exact en droit français; toutefois, les conflits des lois et de compétence, et d'autre part, l'abolition de l'usucapion, posent de très importants problèmes qu'il conviendra d'examiner. Quant aux privilèges et aux hypothèques dont la théorie générale a été également empruntée au code civil, ils ont été si profondément remaniés par l'application des règles de publicité et de spécialité que je serai conduit à en exposer le régime d'une manière plus complète.

Après avoir tracé les origines de la loi tunisienne et signalé les nouveaux progrès que le système des livres fonciers a accomplis depuis 1885, je diviserai donc mon travail en quatre parties principales :

1° L'immatriculation, qui est l'opération préliminaire;

2° Le droit de propriété et ses démembrements, me bornant à esquisser la plus grande partie de ce sujet, puisque son étude se confond avec celle du droit civil français;

3° Les privilèges et les hypothèques qui entrent logiquement dans la deuxième partie, mais qu'il est préférable de traiter séparément en raison des développements étendus qu'ils comportent;

4° Enfin, l'organisation du livre foncier et les principes qui gouvernent cette institution.

CHAPITRE II

ORIGINES DU LIVRE FONCIER TUNISIEN

§ 1. — Droit germanique

6. — DROIT COUTUMIER. — Le régime des livres fonciers qui existe aujourd'hui dans une grande partie de l'Europe, en Australie et dans d'autres colonies anglaises et que plusieurs de nos colonies ont adopté à la suite de la Tunisie, a sa source lointaine dans les anciennes coutumes des peuples germaniques sur le transfert de la propriété. M. Besson ⁽¹⁾ a fait ressortir qu'il nous appartient au même titre qu'à l'Allemagne moderne : les usages germaniques importés en Gaule à l'époque des grandes invasions se sont perpétués dans nos provinces de nantissement et on trouve dans l'appropriance de Bretagne, au XIV^e siècle, une ébauche du livre foncier.

7. — EVOLUTION DANS LES PAYS ALLEMANDS. — Cependant c'est en Allemagne particulièrement que l'institution s'est développée. Des registres publics ont existé dans les villes libres de Hambourg, de Francfort, de Lubeck et de Brème depuis le Moyen Age. Des édits de Frédéric I^{er} en 1693 et de Frédéric II en 1783, ont ordonné qu'il en serait établi en Prusse. Ces registres étaient basés sur la publicité réelle, l'inscription des mutations, entre vifs ou par décès, des partages et des hypothèques était obligatoire et devait avoir lieu en vertu d'un titre reçu en justice ou devant notaires, les tribunaux étaient chargés de constituer et de tenir les livres fonciers et ils avaient sur les actes à inscrire un droit de contrôle étendu.

Le registre terrier prussien fut établi lentement et d'une manière incomplète et il lui manquait ce qui caractérise les systèmes contemporains : la force probante. Mais d'autres Etats allemands allèrent plus loin que l'ordonnance de 1783 et reconnurent la foi publique aux inscriptions : la Bavière en 1822; le Mecklembourg en 1830; la Saxe en 1843. Le livre foncier prussien fut enfin réorganisé par les lois

(1) *Op. cit.*, p. 57 et suiv.

du 5 mai 1872 et il reçut l'autorité nécessaire pour protéger les tiers de bonne foi. Le code civil de 1896 et la loi d'empire du 24 mars 1897, ont, depuis, unifié dans une large mesure, la législation immobilière du Reich et réalisé une application scientifique du système des livres fonciers.

§ 2. — Régime Torrens ⁽¹⁾

8. — RÉFORME DE ROBERT TORRENS. — Devançant l'Allemagne, l'Australie, sous l'impulsion de Robert Torrens, *registrar general* du *South Australia*, avait modernisé, au milieu du XIX^e siècle, le système issu du droit germanique. L'*Act Torrens* ayant eu une influence directe sur la loi tunisienne, j'analyserai brièvement ici le système australien, d'après la loi du *South Australia* de 1861.

Les lois des diverses colonies australiennes ont été conçues sur le modèle de la réforme réalisée dans l'Australie du Sud en 1858 par Robert Torrens. Elles ne diffèrent entre elles que sur des points de détail : « les principaux traits du système sont partout identiques », écrit M. Maxwell ⁽²⁾ ⁽³⁾.

9. — CARACTÈRE FACULTATIF. — L'immatriculation est facultative, sauf en ce qui concerne les terres achetées de la Couronne après la mise en vigueur de la loi, qui sont *ipso facto* immatriculées par la délivrance d'une charte de concession. L'immeuble, une fois placé sous le nouveau régime, ne peut plus y être soustrait. Comme toutes les terres proviennent en Australie du domaine de l'Etat, l'ancien système des mutations par *deeds* ne subsiste que pour les terres aliénées par la Couronne avant la réforme foncière et dont l'immatriculation n'a pas été obtenue.

Le caractère facultatif n'est d'ailleurs pas un principe inhérent à l'*Act Torrens*. Torrens lui-même avait conçu, à l'origine, un système où tous les immeubles auraient été immatriculés au fur et à mesure

(1) Bibliographie : Traduction d'une loi australienne du 7 août 1861 dans la *Revue Algérienne* (86, 1, 1). *Exposé théorique et pratique du système Torrens*, par M. W. E. MAXWELL, traduit par DE FRANCE DE TERSANT, 1889, BESSON, *op. cit.*, pp. 338 et suiv. Charles GIDE, *l'Act Torrens* (Bulletin de la société de législation comparée 1886-87, pp. 228 et suiv.).

(2) *Op. cit.*, p. 24.

(3) Les auteurs de la loi tunisienne avaient à leur disposition le texte anglais de la loi de l'Australie du Sud révisée le 3 décembre 1861 et la traduction de la loi du 7 août 1861 parue dans le *Globe* (n° du 13 mars 1885 et suiv.) et reproduite par la *Revue Algérienne* (86, 1, 1).

des mutations ⁽¹⁾. La faculté de rester sous le régime des *deeds* a été une concession faite aux adversaires de la réforme. L'immatriculation obligatoire a été réalisée ailleurs, notamment à Ceylan, où elle est établie par district avec le cadastre.

10. — PROCÉDURE DE L'IMMATRICULATION. — Les lois australiennes instituent, comme préliminaire de l'inscription, au registre public une procédure spéciale destinée à déterminer les droits qui grèvent la terre. La caractéristique de cette procédure c'est qu'elle s'adresse à tous au moyen d'une publicité et qu'elle comporte une forclusion à l'égard de quiconque a négligé de faire valoir ses droits en temps utile. C'est aussi qu'elle est administrative et non judiciaire, la justice n'étant saisie que des contestations s'il vient à en être soulevé.

Mais le législateur australien a eu le plus grand souci de l'entourer de précautions. En Australie du Sud, d'après la loi du 3 décembre 1861, la procédure suit les phases suivantes : la demande ⁽²⁾ est soumise par le *registrar general* (conservateur) à des *sollicitors*, puis examinée par un géomètre en chef et par un vérificateur des titres (*deeds*) et enfin sur le rapport du vérificateur par une commission (*lands titles commissioners*) composée du *registrar general* et de deux assesseurs pris en dehors de l'administration, elle est admise immédiatement si le demandeur est concessionnaire direct de la Couronne, et s'il n'y a eu aucune mutation, aucune constitution de droit réel; dans les autres cas où il est reconnu que l'immeuble appartient au demandeur et que tous les titulaires de droits réels s'associent à la demande, le *registrar* fait une publicité ⁽³⁾ et impartit un délai pour faire opposition. passé ce délai il place l'immeuble sous le régime de la loi si aucune contestation n'a surgi; lorsque, au contraire, tous les ayants droits (co-propriétaires, créanciers, etc.) n'ont pas concouru à la demande ou que les justifications ont été incomplètes, les *commissioners* peuvent, ou bien rejeter *de plano* la réquisition ⁽⁴⁾,

(1) MAXWELL, *op. cit.*, p. 71. L'étude de M. Maxwell contient des renseignements très intéressants sur les moyens de réaliser l'immatriculation obligatoire. Il en résulte notamment que Torrens avait déjà projeté d'instituer une immatriculation possessoire, c'est-à-dire dépourvue d'effets irrévocables, lorsque les *deeds* « tout en étant ce que les hommes d'affaires appellent un bon titre de possession ne remplissent pas les conditions que le gouvernement doit exiger pour les déclarer inattaquables ».

(2) Le requérant peut être tenu de déposer à l'appui de la demande un plan certifié exact par un géomètre breveté (art. 103).

(3) Il s'agit vraisemblablement d'une publicité globale sous forme de tableau de toutes les réquisitions concomitantes, procédé plus économique et peut-être plus efficace que celui pratiqué en Tunisie.

(4) Le rejet de la demande peut être déféré à la Cour.

ou bien ordonner une publicité étendue (insertions dans les gazettes officielles d'Australie et de Londres, notifications individuelles); enfin, dans les cas où surgit une opposition, le *registrar* surseoit jusqu'à ce que l'opposition ait été retirée ou soit devenue caduque ⁽¹⁾.

11. — CERTIFICAT DE TITRE. — L'aboutissement de la procédure d'immatriculation est la délivrance au propriétaire d'un certificat de titre. Ce certificat de titre est certainement la plus grande originalité de l'*Act Torrens*. Il détermine la nature juridique du droit du titulaire, les incapacités qui frappent celui-ci (minorité, etc.) et les charges qui grèvent la propriété (*mortgage*, *encumbrance*, rente foncière). Il réunit ainsi en un seul document, facile à consulter, tous les renseignements nécessaires aux transactions. Ainsi constitué, il se substitue à tous les actes antérieurs (*deeds*) qui sont annulés. Désormais, il représente la terre elle-même. On peut le comparer à un certificat d'inscription au grand livre de la dette publique ou à un titre de bourse nominatif ou encore à un warrant. Il fait foi, en justice, de l'inscription et des indications qui y sont contenues et, ajoute l'art. 33 de la loi de l'Australie du Sud « sauf dans les cas où il sera ci-dessous autrement disposé, il prouvera aussi de façon concluante que la personne désignée comme étant saisie ou comme acquérant un droit réel quelconque sur l'immeuble a la possession ou la saisine de cet immeuble pour le droit réel qu'il spécifie et que le bien compris dans le certificat de titre a été dûment soumis au régime de la présente loi ».

Le certificat de titre est établi en double et l'un des originaux, conservé par le *registrar general* et relié dans un registre-matrice, forme un feuillet du livre foncier (art. 32).

12. — INSCRIPTION DES TRANSFERTS DE LA PROPRIÉTÉ ET DES DROITS RÉELS. — L'application du principe de la publicité est générale et absolue, elle s'étend notamment aux transmissions par décès (art. 79 et 80). Comme en Allemagne l'investiture, c'est l'inscription seule qui en Australie crée le droit réel. « Aucun écrit n'aura par lui-même la force de créer un droit réel sur un immeuble soumis au régime de la présente loi et de faire que cet immeuble réponde du paiement d'une somme d'argent et la garantisse. Mais dès qu'on aura enregistré un acte écrit de la façon ci-dessus prescrite, le droit réel spécifié dans

(1) L'opposant est déchu s'il n'a dans les trois mois intenté une action judiciaire.

l'écrit sera créé » (art. 39). Principe contraire à une idée fondamentale de notre droit et critiquable à notre point de vue, mais que l'on considère comme la plus efficace sanction de la règle de publicité ⁽¹⁾.

13. — CONTRÔLE PRÉALABLE DES ACTES SOUMIS A L'INSCRIPTION. — Le principe de la légalité est énoncé pour l'Australie du Sud dans l'art. 44 : « Le *registrar general* ne pourra enregistrer un acte qui vise à transférer un droit réel quelconque... ou à affecter l'immeuble, de quelque façon que ce soit, qu'en se conformant à ce qui est ici prescrit et à condition que l'acte lui-même se soit conformé aux dispositions de la présente loi » ⁽²⁾.

14. — FORCE PROBANTE. — Sur ce point capital, je dois avouer qu'il est difficile de se faire une opinion précise. Les conceptions juridiques sont fort différentes des nôtres, les textes sont longs et confus, les travaux des commentateurs français se contentent trop souvent d'affirmations. M. Massigli a constaté la pénurie de notre documentation au cours de la séance de la commission du cadastre du 2 juin 1892 ⁽³⁾.

Dans l'ensemble, d'ailleurs, l'opinion admise en France que l'*Act Torrens* confère aux transactions le maximum de sécurité est exacte, seuls les détails du mécanisme sont mal connus.

L'immatriculation originaire purge l'immeuble de tous droits antérieurs non inscrits, mais cette purge comporte les exceptions qui sont énoncées pour l'Australie du Sud, soit dans l'art. 40, soit dans l'art. 124. La plus importante de ces exceptions est « le cas où un propriétaire, frauduleusement dépouillé de son immeuble, agit soit contre celui qui, grâce à la fraude, a pu se faire porter au registre comme propriétaire, soit contre un ayant cause autre qu'un acquéreur à titre onéreux et de bonne foi ». La règle d'équité *fraus omnia corrumpit* conserve donc toute sa valeur en Australie. Beaucoup plus que de consolider les droits existants, la loi *Torrens* a eu pour but de garantir les transactions futures et d'améliorer le crédit de la terre

(1) En cas de transfert de la propriété, le nouveau titulaire peut, soit obtenir un nouveau titre, celui de l'aliénateur étant annulé, soit recevoir le titre existant dument annoté. Un nouveau titre est toujours délivré, s'il y a morcellement de l'immeuble. Les actes et les mentions d'inscriptions sont établies suivant des formules sommaires dont la loi elle-même fixe la signification. V. MAXWELL, *op. cit.*

(2) La loi organise un recours en justice contre le refus du *registrar general* (art. 110) et permet également à celui-ci de faire trancher à sa requête par la Cour les questions douteuses (art. 111).

(3) P.-V., fascicule 2, p. 530. V. aussi p. 135 et document annexé, p. 145.

en lui donnant la sécurité juridique. Elle protège donc spécialement les tiers acquéreurs à titre onéreux ou créanciers, sous la seule condition qu'ils soient de bonne foi. La bonne foi consiste ici à contracter sans fraude et dans l'ignorance des vices du titre de son auteur. Dans le système Torrens, la personne qui, traitant avec le propriétaire inscrit et se conformant à la loi, acquiert à titre onéreux la propriété ou un autre droit réel (*mortgage*, *encumbrance*, *bail*) n'est exposée à d'autres risques d'éviction que ceux provenant de son auteur dont elle a eu connaissance ⁽¹⁾ ou ceux découlant de sa propre fraude.

Le transfert au nom d'un tiers risque de laisser sans recours un propriétaire injustement dépouillé par la délivrance d'un certificat de titre à quelqu'un qui n'y avait pas droit. La loi a remédié, dans une large mesure, à ce danger :

1° En permettant à tout revendiquant de faire opposition entre les mains du *registrar general* contre les inscriptions éventuelles ⁽²⁾;

2° En ouvrant, au profit des parties, lésées par le refus d'une action réelle, des recours en dommages-intérêts contre les auteurs de la fraude et subsidiairement contre un fonds de garantie administré par l'Etat.

15. — CRÉDIT HYPOTHÉCAIRE. — Le droit australien n'a pas adopté les formes de crédit hypothécaire que notre loi de messidor, an III, avait esquissées et qui sont aujourd'hui en usage en Allemagne (bons hypothécaires, hypothèques sur soi-même). Les contrats de *mortgage* et d'*encumbrance* correspondent, approximativement, à notre hypothèque. Pour constituer le *mortgage* ou l'*encumbrance*, le propriétaire dresse en double, suivant la formule prescrite par la loi, un memorandum ou bordereau qui est inscrit par le *registrar general* sur les deux exemplaires du certificat de titre. Le double du memorandum forme le titre du créancier, il est revêtu d'une mention en cas de transport de la créance ou en cas de mainlevée, et le certificat de titre est annoté en conséquence.

L'Act *Torrens* a également admis une forme spéciale du *mortgage* qui ne comporte pas d'inscription sur le certificat de titre, le *mort-*

(1) Dont elle a eu connaissance par les énonciations du registre, très vraisemblablement.

(2) Cette opposition, analogue à la prénotation du droit allemand, « sera tenue à moins d'un ordre contraire de la Cour, pour périmée à l'expiration d'un délai de 14 jours à compter de l'avis donné à son auteur de ce que le propriétaire selon le registre a demandé l'enregistrement d'un transfert ou de tout autre acte concernant l'immeuble ou le droit réel immobilier » (art. 82).

gage in equity. Le certificat de titre que détient le propriétaire est remis au créancier qui notifie au *registrar* une opposition à toute inscription nouvelle; cette opposition produit des effets jusqu'à l'expiration d'un délai à partir du jour où une notification aura été faite au créancier par le *registrar general* au domicile élu.

§ 3. — Autres sources de la législation tunisienne

16. — LÉGISLATION ALGÉRIENNE. — L'attention du gouvernement tunisien, alors qu'il était en quête d'un régime foncier, n'a pu manquer d'être appelée sur la législation immobilière de l'Algérie. C'est même sur la colonie voisine, que M. Cambon a d'abord jeté les yeux et, à suivre l'ordre psychologique, la première source de la loi foncière n'est pas l'*Act Torrens*, mais la loi du 28 juillet 1873. De cette loi, qui était alors très critiquée en Algérie, le Résident général a retenu un principe qui lui a paru répondre aux besoins de la colonisation dans le protectorat, à savoir la purge des droits antérieurs. La purge de notre loi foncière, très différente, somme toute, de ce que Torrens a réalisé en Australie, est purement et simplement une idée algérienne. La formule même de la législation exprimant que le titre de propriété forme « le point de départ unique des droits réels existant sur l'immeuble à l'exclusion de tous droits antérieurs » (art. 19 de la loi de 1885, art. 2 du décret français du 17 juillet 1888, art. 4 du décret du 16 juillet 1899) est, sous réserve d'une modification, d'ailleurs importante, celle de l'art. 3 de la loi du 26 juillet 1873 ⁽¹⁾.

L'expérience algérienne a exercé une influence déterminante à un autre point de vue. On a cherché à éviter les écueils que le régime de 1873 avait rencontrés (défectuosités et frais des procédures d'enquêtes générales, confusion renaissant aussitôt après l'enquête faite d'un bon système de publicité, suppression inconsidérée du droit de *chefaa* permettant des licitations ruineuses).

17. — CODE CIVIL. — La préoccupation primordiale des auteurs de la loi a été, dit le rapport Cambon, de « combiner les règles de la loi australienne avec les dispositions de notre loi française, dont l'introduction en Tunisie était une de nos principales préoccupations ».

(1) En fait, le principe de la purge était alors battu en brèche en Algérie et sa portée pratique fut définitivement diminuée par l'arrêt de la Cour de cassation du 13 nov. 1888 (R. A., 89, 2, 1). Le législateur a dû y remédier depuis (Loi du 16 fév. 1897, art. 14).

Le code civil a donc marqué de son empreinte la loi foncière au moins autant que l'*Act Torrens*. Non seulement la partie de la loi relative à la propriété, à l'usufruit, la plupart des dispositions relatives aux servitudes sont littéralement reproduites du code civil; non seulement l'art. 2 déclare applicables aux immeubles immatriculés les dispositions du code civil non contraires soit à la loi nouvelle, soit au statut personnel des tunisiens et étrangers ⁽¹⁾, mais dans l'organisation même du livre foncier, le législateur a cherché à réaliser une conciliation entre les règles de notre droit et celles du système *Torrens*. C'est ainsi que la loi a admis, conformément au principe français, que le transfert de la propriété et des droits réels aurait lieu par l'accord des volontés des parties, l'inscription n'étant requise que pour rendre l'acte opposable aux tiers ⁽²⁾.

18. — LOIS BELGES. — De même, nos définitions du privilège et de l'hypothèque, certaines des règles sur la constitution et les effets des hypothèques, notre institution de la purge ont passé dans la loi foncière. Mais, en ce qui concerne l'ensemble de la législation hypothécaire, les auteurs de la loi se sont approprié les réformes apportées en Belgique au code de 1804. La loi belge du 16 décembre 1854, conçue dans le même esprit que le projet de réforme français de 1850, a fait faire au code Napoléon un progrès beaucoup plus marqué que celui finalement réalisé en France par la loi sur la transcription. D'une part, elle a organisé une publicité plus étendue qui comprend notamment les actes déclaratifs; d'autre part, elle a institué un régime hypothécaire qui donne au crédit une base plus sûre : elle a restreint les privilèges ou les a rendus publics, elle a soumis à l'inscription les hypothèques légales et supprimé l'hypothèque judiciaire. La loi tunisienne a suivi la loi belge sur tous ces points. C'est à la loi belge du 15 août 1854 qu'elle a emprunté l'idée de suppléer à l'hypothèque judiciaire par l'inscription du commandement ⁽³⁾. Elle s'est encore inspirée du droit belge dans la matière du droit de superficie ⁽⁴⁾, dans celle de l'emphytéose ⁽⁴⁾ et en créant l'hypothèque testamentaire.

(1) Sur la portée de l'art. 2, *infra*, nos 139 et suiv.

(2) Cela résulte du nouvel art. 342 modifié en 1886, le texte primitif était comme l'*Act Torrens*, en sens contraire. *Infra*, n° 419.

(3) Rapport Pontois (*R. A.*, 85, 1, 126).

(4) Lois du 10 janvier 1824.

CHAPITRE III

HISTORIQUE DE LA RÉFORME TUNISIENNE DE 1885

19. — L'ORGANISATION ARABE DE LA PROPRIÉTÉ. — Sur la plus grande partie du territoire, la propriété était, au moment de l'occupation de la Tunisie par les Français, dans un état de grande confusion.

En principe, la propriété résultait de titres rédigés par des écrivains publics, les *adels* ⁽¹⁾. Ces titres sont composés des divers actes intéressant l'immeuble, écrits les uns à la suite des autres sur des feuilles collées bout à bout. Ils donnent, de l'immeuble, une description si rudimentaire, si imprécise que leur application sur les lieux est presque toujours un problème délicat qui réclame une compétence particulière et aboutit souvent à des incertitudes ⁽²⁾. Ils sont longs, encombrés de redites et de formules inutiles qui en rendent la traduction coûteuse et la lecture pénible. Enfin, ils ne présentent pas toujours des garanties d'authenticité et il est facile, si l'on ne possède pas une expérience spéciale, de s'y tromper.

Fréquemment, l'acte original est simplement un acte de notoriété (*outika*), auquel on ne doit accorder qu'une assez faible autorité.

Il arrive qu'il y ait, pour le même immeuble, plusieurs titres qui se contredisent. Il arrive aussi qu'il n'y ait pas de titre.

La possession, dans un grand nombre de cas, ne peut suppléer à l'insuffisance ou à l'absence des titres de propriété. Elle n'a pas les caractères de la possession légale. De vastes étendues de terres ne sont utilisées que pour le parcours des troupeaux ou ne sont cultivées qu'à de longs intervalles; les faits de jouissance qui les concernent sont, en raison de leur intermittence, du défaut de traces, difficiles à prouver. Tout prétendant à la possession trouve des contradicteurs et tout contestant trouve des témoins.

L'indivision est fréquente, dans certaines régions elle est même de règle; elle englobe des dizaines, voire des centaines de co-propriétaires

(1) Il est d'usage de traduire par « notaires ».

(2) La description donnée au début du titre, déjà bien vague au moment où elle est rédigée, n'est généralement pas rajeunie dans les actes suivants qui se contentent de se référer à la description primitive, parfois vieille de plusieurs siècles. Dans les très vieux titres, les actes les plus anciens sont souvent devenus illisibles, de sorte qu'en fait il n'y a plus de description du tout.

dont beaucoup portent les mêmes noms, les mêmes prénoms plutôt, car le nom patronymique n'existe pas. Il y a eu des partages de jouissance d'où ont été éliminés des femmes et des mineurs et, pour établir la situation exacte de la propriété, si tant est qu'elle puisse être établie, il faut dresser des arbres généalogiques compliqués et se livrer à des calculs de parts qui aboutissent à des fractions aux dénominateurs déconcertants.

Des droits réels divers, assez mal connus des européens et d'ailleurs variables suivant les régions, grèvent ces immeubles. Des contrats ayant des analogies avec l'antichrèse et la vente à réméré tiennent lieu d'hypothèques. Aucune publicité n'avertit les tiers de leur existence. Le droit d'un créancier sur l'immeuble résulte de la détention du titre de propriété. Ce système permet difficilement de contracter un deuxième emprunt auprès d'un autre bailleur de fonds. Il ne favorise que l'usure.

La loi applicable est la loi coranique, complétée par les coutumes locales et le tribunal compétent est le tribunal religieux, le *charaa*, qui est, de l'avis même de beaucoup de musulmans, la plus archaïque et la plus lente des juridictions.

20. — NÉCESSITÉ DE LA RÉFORME. — Cette organisation désuète n'était évidemment pas favorable au développement économique, elle était même un obstacle insurmontable pour les nouveaux venus. Le temps était encore tout proche où il n'était pas permis aux infidèles d'acquérir des immeubles et où ils devaient recourir à des prête-noms et employer des subterfuges juridiques. Cette rigueur avait disparu, mais les difficultés pratiques restaient telles, les risques étaient si grands que la prudence conseillait aux colons et aux capitalistes de s'abstenir d'acquisitions ou de placements immobiliers. Dans le rapport qui précède la loi foncière, M. Paul Cambon constate que « l'étranger, ignorant des habitudes et des traditions du pays, incapable de faire par lui-même les investigations nécessaires avant une acquisition d'immeubles, était exposé aux plus graves déconvenues ».

Cependant, pour tirer ce pays de la profonde détresse dans laquelle il était tombé, le concours d'activités européennes était, avec raison, considéré comme nécessaire. La résurrection de la terre tunisienne apparut donc comme subordonnée à la réalisation d'une réforme foncière. A peine installé, le protectorat dut rechercher la solution de ce problème urgent. Il semblait facile de décréter l'application pure et simple de la loi française aux immeubles possédés par

les européens. C'était ce que l'opinion publique locale, impatiente et mal éclairée, demandait généralement. Le mérite du premier Résident général a été de voir plus loin que les désirs du moment et de vouloir mieux qu'une médication empirique. Paul Cambon a écarté la solution de circonstance qui lui était proposée parce que, dit-il « limitée à une seule classe de propriétaires fonciers, elle n'apportait pas une modification assez générale à l'état économique du pays et qu'elle était d'ailleurs un remède insuffisant ». Il importait, en effet, de permettre aux tunisiens de bénéficier de la nouvelle législation. D'autre part, la francisation eut laissé subsister la menace décourageante des procès. Ce qu'il fallait, c'était un système qui libérât la terre de la confusion et des entraves du passé. « Il fallait, dit le rapport Cambon, mettre à la disposition de tout acquéreur ou propriétaire d'immeuble, une procédure simple, peu coûteuse, lui permettant d'asseoir sa propriété, de la purger de toutes les charges et des droits réels qui ne seraient pas révélés en temps utile ». Cette institution de la purge, l'administration tunisienne en trouvait le germe, comme le constate le rapport, dans la loi de 1873 applicable à l'Algérie, mais il restait à l'organiser de telle manière qu'elle ne produisit pas des effets purement temporaires et que l'insécurité des transactions ne pût pas renaître sitôt après avoir disparu. M. Cambon, dont l'attention était appelée sur les principes du livre foncier par la campagne que des économistes avaient entreprise en France, eut l'idée d'emprunter au système des livres fonciers la formule d'une organisation nouvelle ⁽¹⁾.

21. — ELABORATION DE LA LOI. — La réforme foncière entreprise très peu de temps après l'installation des tribunaux français et alors que les services du protectorat étaient encore dans la période d'organisation, a été conduite avec une extrême rapidité. Le décret du Bey, qui charge une commission de préparer la modification des lois relatives à la propriété foncière en Tunisie et de proposer les conditions dans lesquelles la compétence en matière immobilière sera remise aux tribunaux français, est du 31 juillet 1884. Le 6 décembre, la commission est saisie d'un avant-projet par le Gouvernement; c'est l'avant-projet qui est reproduit, avec un rapport présenté par le Premier Ministre, dans la *Revue Algérienne de législation et de*

(1) M. Yves Guyot a écrit dans le journal *Le Globe*, numéro du 22 janvier 1886 « Toutes les colonies d'Australie ont adopté successivement l'*Act Torrens*. Un de ces jours, il fera le tour du monde. Je le signalai, en 1883, à M. Cambon ».

jurisprudence (85, 1, 37). Une sous-commission est chargée d'étudier ce texte ⁽¹⁾. Elle dépose, quelques mois plus tard, un projet beaucoup plus étendu, ne comprenant pas moins de 379 articles ⁽²⁾, et rapporté par M. Pontois, président du Tribunal de Tunis. La commission, sous la présidence de M. Cambon, discuta ce projet et l'adopta avec quelques modifications; elle ne tint que trois séances, les 17, 18 et 21 mars 1885. Le texte fut soumis à l'approbation du Gouvernement français, puis à la sanction du Bey, et fut promulgué le 1^{er} juillet suivant ⁽³⁾. Sur les travaux préliminaires, on ne possède pas d'autre documentation que le rapport et l'avant-projet présenté sous la signature du Premier Ministre, le rapport de M. Pontois contenant l'analyse du projet de la sous-commission ⁽⁴⁾, quelques notes non publiées de magistrats et de fonctionnaires et les observations du Ministère français de la Justice. On ne trouve pas trace, dans les dossiers de la réforme foncière, de procès-verbaux des séances de la commission et de la sous-commission ⁽⁵⁾.

22. — REVISION DE 1886. — Le texte qui est sorti de ces délibérations précipitées portait la marque d'une élaboration hâtive. Avant même de le mettre en application, il fallut remanier un grand nombre d'articles ⁽⁶⁾. La sous-commission se remit à l'œuvre avec la collaboration du premier conservateur, M. de France de Tersant, et un décret du 16 mai 1886, précédé d'un rapport du Premier Ministre ⁽⁷⁾, sanctionna son travail.

(1) La sous commission était composée de MM. Bompard, secrétaire général du Gouvernement; Mohammed Djellouli, Ministre de la Plume; Tahar En Nifar, cadi malékite, Pontois, président du Tribunal; Fermé, juge et Brulat, avocat-défenseur.

(2) L'avant-projet était au contraire très bref (31 articles). Bien qu'incomplet, il contenait cependant les idées essentielles du système qui a été adopté. Comme l'écrivait à l'époque M. Dain, il les formulait avec plus de netteté et de logique que ne le fit le texte préparé par M. Pontois et adopté par la Commission.

(3) Le texte du 1^{er} juillet 1885 émane de la souveraineté du Bey. C'est, à proprement parler, un décret, mais il est d'usage de l'appeler loi foncière ou Code Foncier.

(4) *R. A.*, 85, 1, 121.

(5) Le président Pontois entra, peu après, en conflit avec le Résident Général. Devenu député au temps du boulangisme, il écrivit un pamphlet contre Paul Cambon : « *Les odeurs de Tunis* ». Dans ce livre, il revendique la paternité de la loi foncière qu'il estime « excellente dans ses détails », mais dont M. Cambon n'a, dit-il, « pas rédigé un seul article ». Ses déclarations permettent de faire la part de chacun : les idées qui font de la loi foncière tunisienne une œuvre intéressante ont été imposées par Paul Cambon, la rédaction, que la révision de 1886 a améliorée sans réussir à la rendre satisfaisante, revient presque entièrement à M. Pontois. M. Pontois, qui ne s'est pas montré un polémiste très remarquable, était, comme juriste, plus médiocre encore. V. « *Les odeurs de Tunis* », pp. 162 et suiv.

(6) Art. 2, 22, 23, 25, 27, 37, 38 à 43, 45, 49, 53, 175, 250, 252, 294, 295, 342 à 344, 348, 350 à 355, 357, 359, 360, 362, 365 à 367, 375 377, 378 et 381.

(7) *R. A.*, 86, 3, 98.

23. — DÉCRET FRANÇAIS DE 1888. — La loi, ainsi revisée, entra en vigueur à partir du 15 juillet 1886 ⁽¹⁾. Mais de graves incertitudes ne tardèrent pas à se faire jour. La loi avait confié à un tribunal spécial le soin de prononcer l'immatriculation. L'autorité des jugements du Tribunal mixte, juridiction tunisienne, fut mise en doute; on soutint que, conformément aux traités internationaux, ces jugements ne seraient exécutoires contre les européens qu'après *exequatur* par les tribunaux français et que la juridiction française pourrait les réviser au fond. Un décret du Président de la République intervint le 17 juillet 1888 pour mettre fin à cette controverse. Parallèlement, un décret beylical du 6 novembre 1888 modifia le texte de l'art. 36 ⁽²⁾ et, par la même occasion, les art. 22, 26 et 295.

24. — REVISION DE 1892. — Malgré ces retouches successives, l'immatriculation faisait des progrès très lents à cause de l'élévation des frais et des complications de la procédure et, d'autre part, le texte mal coordonné, semé de dispositions obscures ou contradictoires, soulevait des difficultés qui ne pouvaient manquer de s'aggraver dès que l'application en serait plus étendue. Après une courte expérience, on reconnut la nécessité de réduire les dépenses et en même temps de procéder à de nouveaux remaniements de la loi. Ce fut l'œuvre d'une sous-commission prise au sein de la commission constituée par un arrêté du Résident général du 18 novembre 1890, pour préparer une réglementation des frais de justice ⁽³⁾. Son travail aboutit au décret du 15 mars 1892, qui a modifié ou abrogé de très nombreuses dispositions ⁽⁴⁾. Par la revision de 1892, le législateur a réformé la procédure d'immatriculation d'après les enseignements de la pratique; il l'a, dans une certaine mesure, simplifiée et rendue moins coûteuse; dans un but d'économie également, il a supprimé le fonds d'assurance, ce qui était une réforme plus contestable. Il a, en outre, remanié les prescriptions relatives aux titres de propriété,

(1) Décret du 28 juin 1886 ordonnant la mise en vigueur.

(2) *Infra*, n° 85.

(3) La sous-commission chargée d'examiner les questions se référant à la loi foncière comprenait : MM. Regnault, consul de France, président; Fermé, président du Tribunal mixte; Paul Bourde, directeur du service des renseignements et des contrôles civils; Malirat, conservateur de la propriété foncière et Piat, chef du service topographique. Elle a tenu 17 séances. La commission en a consacré huit à la loi foncière. Les procès-verbaux ne nous sont pas parvenus.

(4) Articles modifiés : 16, 22, 23, 25 à 29, 31, 38, 41 à 44, 46, 47, 49, 53, 55, 57, 65, 72, 75, 93, 97, 107, 149, 152, 174, 175, 181, 182, 197, 209, 229, 230, 233, 239, 273, 295, 342 à 344, 347, 350 à 352, 354, 357, 358, 362 et 368. Articles abrogés : 39, 40, 156, 158, 198 à 201, 210 à 212, 214 à 216, 235, 236, 274, 300 à 311, 367, 370 et 373. V. R. I., 92, 3, 125.

au mécanisme des inscriptions, aux registres du conservateur, il a enfin modifié, sur un grand nombre de points (pas toujours d'une manière heureuse), le régime juridique des immeubles immatriculés : abrogation des dispositions du code civil sur la prescription, qui avaient été reproduites dans la loi de 1885, limitation des privilèges généraux, abrogation des art. 235 et 236 et modification de l'art. 252 qui contenait des exceptions à la force probante en matière d'hypothèques, etc...

25. — RÉFORMES PARTIELLES SUCCESSIVES. — La loi qui est sortie des travaux de la commission de 1892 est demeurée très imparfaite. Elle a, cependant, pu être appliquée sans révision nouvelle durant une longue période. Il n'y a plus été apporté que des réformes partielles qui ont toujours été réalisées avec le souci de rester fidèle aux principes de la loi de 1885. Un décret du 10 avril 1898 a modifié les dispositions relatives aux servitudes de vue. Plus tard, deux décrets, l'un du 16 août 1923, l'autre du 5 février 1926, ont encore modifié la loi sur des points spéciaux ⁽¹⁾. D'autres textes, qui n'ont pas été incorporés à celui de 1885, mais qui peuvent être considérés comme faisant partie intégrante du code foncier, ont complété les dispositions originaires : ce sont les décrets du 25 février et du 19 mars 1897 relatifs à la rectification des erreurs matérielles, le décret, de grande importance pratique, du 16 juillet 1899 ⁽²⁾, sur l'inscription des faits et conventions intervenus au cours de la procédure d'immatriculation, le décret du 14 juin 1902 ⁽³⁾ relatif à l'application de l'art. 36, divers décrets sur l'organisation du Tribunal Mixte et sa composition (30 avril 1903, 5 juin 1912, 23 décembre 1919, 2 juin 1931) ⁽⁴⁾.

D'autre part, la commission de 1892 elle-même a préparé un texte promulgué le 15 mars 1892, sur les ventes immobilières poursuivies devant les tribunaux français, qui contient des dispositions intéressant l'immatriculation. L'*enzel*, que le législateur de 1885 avait déjà réformé, a continué son évolution par le décret du 16 juin 1895 relatif au morcellement des propriétés grevées d'*enzel* au profit d'une fondation *habous* et surtout par celui du 22 janvier 1905 qui a déclaré les rentes rachetables.

(1) *Infra*, nos 327 et 396.

(2) *Infra*, nos 103 et suiv.

(3) *Infra*, n° 87.

(4) *Infra*, nos 42 et 43.

26. — AUTRES TEXTES. — En marge du code foncier, mais comme se rattachant à lui par des liens plus ou moins étroits, une réglementation abondante serait à citer : domaine public, expropriation pour cause d'utilité publique, domaine privé de l'Etat, forêts, terres de colonisation, mines, habous, terres collectives de tribus⁽¹⁾. En marge aussi et comme l'amorce d'une nouvelle réforme immobilière, il faut signaler les décrets du 25 mars 1924 et du 18 juin 1930, qui ont ordonné, à titre d'essai, l'établissement du cadastre dans la région de Tébourba, puis dans le caïdat de Medjez-el-Bab et ont institué, à l'occasion des opérations cadastrales, une procédure simplifiée d'immatriculation.

(1) V. *Codes et lois de la Tunisie*, par MM. LAGRANGE, FONTANA et R. SOULMAGNON.

CHAPITRE IV

EXTENSION DU SYSTÈME DES LIVRES FONCIERS EN FRANCE ET DANS LES POSSESSIONS FRANÇAISES

27. — APPLICATIONS NOUVELLES DU SYSTÈME DES LIVRES FONCIERS. — La Tunisie eut l'honneur — qui n'était pas sans péril — de réaliser la première adaptation du système des livres fonciers au droit civil français. Parce qu'elle était la première réalisation de ce genre, la réforme de Paul Cambon a eu quelque retentissement. Elle a contribué à répandre en France et en Algérie l'idée d'un grand remaniement du régime foncier et hypothécaire. En France, une commission constituée en 1892, sous le nom de « Commission extra-parlementaire du cadastre », et qui poursuivit ses travaux jusqu'en 1903, a, pour la première fois, étudié d'une manière approfondie les problèmes que soulève l'adaptation du système des livres fonciers à notre droit civil. En Algérie, plusieurs projets ont été étudiés de 1886 jusqu'en 1923. Les projets français et algériens se heurtaient à trop d'obstacles, ils n'ont pas abouti. Mais l'exemple du protectorat tunisien a été suivi dans la plus grande partie de notre empire colonial : l'île de Madagascar, le Congo, l'Afrique Occidentale, la Côte des Somalis, le Maroc, l'Indo-Chine, enfin la Syrie et le Cameroun ont été successivement dotés de législations qui présentent des analogies profondes avec notre loi de 1885. Sur le territoire de la Métropole elle-même, dans les départements alsaciens-lorrains, la loi du 1^{er} juin 1924 a maintenu, en le conciliant avec le code civil, le livre foncier qui avait été institué par l'administration allemande. Ainsi s'est ouvert un chapitre nouveau des études juridiques françaises.

Avant d'aborder l'étude de la loi tunisienne, je signalerai brièvement ces divers éléments de comparaison, me réservant de faire ressortir, au cours de cet ouvrage, par des rapprochements avec le texte tunisien, les caractéristiques les plus intéressantes des législations en vigueur en Alsace et dans les pays coloniaux.

28. — PROJET DE LA COMMISSION EXTRAPARLEMENTAIRE DU CADASTRE ⁽¹⁾. — Les procès-verbaux de la commission du cadastre, publiés

(1) V. les procès-verbaux de la commission publiés par l'Imprimerie nationale et spécialement le rapport général de M. Challamel sur les privilèges et les hypothèques (fascicule 7, pp. 59 à 154), le rapport général de M. Massigli sur l'institution des livres fonciers (fascicule 9, pp. 55 à 166) et les avant-projets (fascicule 9, pp. 815 à 865).

en neuf volumes, dont l'étude la plus ample et la plus savante qui ait été faite au sujet de l'introduction des principes du livre foncier dans le droit français. J'aurai souvent l'occasion de me référer à cette œuvre considérable. Je me borne donc à donner ici quelques indications générales sur les conclusions auxquelles ont abouti les travaux de la commission.

La commission a présenté trois avant-projets de réforme : le premier, d'ordre technique, est relatif à la réfection ou la révision et la conservation du cadastre; le deuxième contient une réforme complète de notre régime des privilèges et hypothèques; le troisième est destiné à instituer les livres fonciers.

La commission a estimé indispensable la réfection du cadastre exécuté pendant la première moitié du XIX^e siècle. L'opération technique ne comporterait pas nécessairement la plantation de bornes, mais elle serait précédée d'une délimitation effectuée par une commission communale chargée de rechercher les propriétaires apparents, de constater l'accord de ceux-ci sur les limites de leurs immeubles et, en cas de désaccord, de concilier les intéressés ou de déterminer provisoirement les limites.

L'immatriculation serait obligatoire et s'opérerait dans chaque commune aussitôt que le cadastre y aurait été renouvelé. Elle aurait lieu administrativement, les contestations étant jugées par les tribunaux suivant le droit commun. La mission de constituer les livres fonciers serait confiée au personnel actuel des conservations des hypothèques.

L'immatriculation ne produirait aucun effet analogue à notre purge des droits antérieurs. Pendant deux ans, les inscriptions opérées par le conservateur n'auraient pas plus de portée que n'en ont actuellement les transcriptions et inscriptions. Mais à l'expiration d'un délai de deux ans, elles seraient munies de la force probante dans l'intérêt des tiers.

Les principes fondamentaux du projet sont les mêmes que ceux que nous étudierons : publicité générale et complète par feuillets réels, force probante relative, légalité. L'étude de ces principes et la détermination de leurs conséquences sont une des parties les plus intéressantes des travaux de la commission. Nous y trouverons notre guide le plus sûr pour résoudre de nombreuses et graves difficultés auxquelles donnent naissance les lacunes de la loi funisienne.

La matière des privilèges et hypothèques a été révisée de manière à être entièrement régie par le principe de la publicité avec spécia-

lité de l'inscription. En particulier les hypothèques légales seraient inscrites et spécialisées; l'hypothèque judiciaire serait abrogée. Il serait créé des bons hypothécaires.

29. — PROJETS ALGÉRIENS. — Le premier projet d'institution des livres fonciers en Algérie est celui présenté, en 1886, par M. Dain, professeur à l'Ecole de Droit d'Alger, au nom d'une commission nommée par le Gouvernement général ⁽¹⁾. Le projet de M. Dain prévoyait l'immatriculation des immeubles munis d'un titre délivré en exécution de la loi de 1873, des biens aliénés par le domaine de l'Etat et enfin de tous ceux pour lesquels leurs propriétaires provoqueraient une procédure de purge spéciale (publicité et, pour les biens ruraux, bornage). L'immatriculation devait être opérée par le conservateur, après publication d'un avis, au vu d'un titre établi par le directeur des domaines dans les deux premiers cas et par un notaire dans le troisième. En cas de contestation, le conservateur surseoirait jusqu'à ce que les contestations aient été jugées.

Le projet généralise la publicité; toutefois la définition des tiers est celle de la loi du 23 mars 1855. Les actes sous seings privés sont admis à l'inscription, à charge de légalisation des signatures. Les art. 11 et 22 paraissent consacrer le principe de la force probante au profit des tiers, mais le contrôle du conservateur n'est pas organisé.

En ce qui concerne le régime hypothécaire, les propositions de M. Dain sont des plus hardies. Elles prévoient l'inscription et la spécialisation des privilèges de l'art. 2.101, des hypothèques légales et de l'hypothèque judiciaire. Elles admettent des bons hypothécaires transmissibles par endossement et l'hypothèque sur soi-même.

En 1893, M. Frank-Chauveau présenta un second projet à la commission sénatoriale d'études de l'Algérie ⁽²⁾. On retrouve dans le projet Frank-Chauveau les grands traits du projet Dain; on y retrouve notamment les bons hypothécaires et l'hypothèque sur soi-même ⁽³⁾. Toutefois, le principe de la force probante au profit des tiers n'est pas consacré, l'art. 26 disant que « les causes de nullité ou de résolution fondées sur le droit commun » ⁽⁴⁾ pourront être opposées aux tiers.

(1) R. A., 87, 1, 1 et suiv.

(2) R. A., 93, 1, 108 et suiv.

(3) Avec expertise de l'immeuble.

(4) Voulant donner un exemple de ces droits de résolution opposables aux tiers, le texte cite l'ingratitude du donataire qui est précisément un cas dans lequel le Code civil maintient exceptionnellement les droits des tiers.

L'institution d'un livre foncier en Algérie fut de nouveau étudiée en 1901, sur l'initiative des Délégations financières. Après une enquête à Tunis, menée par M. Pouyanne, alors juge suppléant au Tribunal d'Alger, un nouveau projet fut élaboré. Préoccupé de présenter au Parlement un texte moins long, le Gouvernement condensa ce projet, qui était assez étendu, en 36 articles, renvoyant toutes dispositions complémentaires à un règlement d'administration publique. Toutefois, le Ministère de la Justice souleva des objections au sujet de la délégation ainsi consentie au pouvoir exécutif et M. Pouyanne fut chargé, en 1905, de la rédaction d'un nouveau texte. Il présenta un projet complet qui empruntait de nombreuses dispositions aux avant-projets de la commission du cadastre ⁽¹⁾.

Dans la matière de l'immatriculation, le projet Pouyanne de 1905 s'inspirait de la loi tunisienne, avec cette différence importante qu'à défaut d'opposition, le conservateur pourrait immatriculer. Le Tribunal mixte serait remplacé par une chambre spécialisée du Tribunal civil. Des mesures seraient prises, à propos de l'immatriculation, pour faire cesser les indivisions. Comme en Tunisie, les droits antérieurs seraient purgés, mais avec la garantie d'un fonds d'assurance.

La même analogie se retrouve dans l'organisation de la publicité. Toutefois, le projet s'efforce d'assurer l'inscription des actes dans des délais normaux: il prend également des mesures au sujet des actes sous seings privés. La publicité des causes d'éviction est organisée et les diverses applications de la force probante des inscriptions au profit des tiers sont déterminées comme dans le projet Massigli. Le conservateur vérifie, sous sa responsabilité, la régularité des actes et la capacité des parties; la chambre des immatriculations statue sur les recours formés contre les décisions du conservateur.

Le régime hypothécaire est remanié: l'hypothèque judiciaire est supprimée; les privilèges du vendeur, de l'échangiste et du co-partageant sont remplacés par des hypothèques forcées; les hypothèques des incapables sont soumises à la publicité et à la spécialité. Des mesures sont prises pour que les hypothèques de la femme mariée et du mineur soient inscrites; la chambre des immatriculations a compétence pour les spécialiser. La transmission des créances hypothécaires, au porteur ou à ordre, est autorisée, indépendamment de

(1) Le texte de M. Pouyanne fut d'ailleurs immédiatement tronqué par la commission chargée de l'examiner. V. *Procès-verbaux des séances de la commission chargée de reviser le projet de la loi sur l'immatriculation de la propriété foncière en Algérie*, Heintz, Alger, 1907.

toute mention sur le registre foncier. En outre, il est créé des bons hypothécaires, mais l'hypothèque sur soi-même est écartée.

Enfin, le projet prévoit la modification de la procédure des ventes judiciaires. Il donne compétence exclusive à la chambre des immatriculations pour procéder à ces ventes et à la distribution du prix, ainsi que pour statuer sur tous litiges relatifs à l'application de la loi immobilière.

Le projet de 1906 n'a pas abouti. La question de l'institution des livres fonciers en Algérie a été reprise après la guerre, sans plus de succès que précédemment. Une proposition de M. Broussais et des autres députés de l'Algérie a été déposée à la séance de la Chambre du 17 juin 1919, puis une proposition moins étendue de M. Cuttoli à la séance du 30 juin suivant. D'autre part, le Sénat a été saisi, le 28 juin 1921, d'un nouveau texte par M. Etienne Flandin. De leur côté, les Délégations financières ont émis un vote favorable, mais une commission d'études, constituée par le Gouvernement général, a rejeté, en 1923, le principe d'une réforme immobilière basée sur l'immatriculation.

30. — RÉGIME DES DÉPARTEMENTS ALSACIENS-LORRAINS ⁽¹⁾. — L'administration allemande avait institué, en 1894, un livre foncier dans les communes où le cadastre avait été renouvelé. Une loi de 1899 sur l'exécution du nouveau code civil allemand en Alsace-Lorraine avait, d'autre part, créé des registres, dits « livres de propriété », dans les communes qui, n'ayant pas renouvelé leur cadastre, ne se trouvaient pas encore placées sous le régime de 1894. Ces communes comprenaient la majeure partie du territoire. Le livre de propriété était destiné à tenir lieu, provisoirement, de livre foncier; il se distinguait de celui-ci en ce qu'il n'avait pas été constitué à la suite d'une procédure d'enquête, ni basé sur un cadastre révisé, mais devait être formé progressivement au fur et à mesure des mutations. Enfin, une ordonnance de 1900 avait déterminé le mode d'établissement du livre foncier définitif, c'est-à-dire de celui que prévoyait le code allemand.

Par suite, en 1918, il existait dans les provinces désannexées, trois livres fonciers : le livre foncier définitif, le livre foncier de 1894 qu'on appelait « provisoire » pour le distinguer de l'autre et le livre de propriété. Le premier comportait l'application intégrale du droit foncier du code allemand, les deux derniers étaient soumis au régime

(1) René MOREL, *Le régime foncier d'Alsace et de Lorraine*, SIREY, 1922. — *Journal officiel* du 3 juin 1924, du 20 novembre 1924 et du 15 janvier 1927.

transitoire institué par la loi d'exécution : en particulier, ils n'étaient doués que d'une force probante restreinte et il y avait une usucapion de dix ans au profit de l'acquéreur. Toutefois, au point de vue de l'organisation, les trois livres étaient tenus de la même manière, par feuillets personnels, un seul compte étant ouvert à chaque propriétaire pour tous les immeubles qu'il possédait dans une même commune.

La loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans le Bas-Rhin, le Haut-Rhin et la Moselle a laissé subsister pour une période de dix ans qui, vraisemblablement, sera prorogée, l'institution du livre foncier, mais en la conciliant avec notre code civil. C'est l'objet des art. 36 à 63 de cette loi qu'il faut compléter à l'aide des décrets des 18 novembre 1924 et 14 janvier 1927.

Les transformations successives du droit foncier de l'Alsace-Lorraine ont abouti à créer un régime original qui est l'adaptation la plus poussée du système des livres fonciers au droit civil français. On peut dire que c'est un régime mixte : la forme de la publicité est intermédiaire entre la publicité réelle proprement dite et la publicité personnelle; ni la réfection du cadastre, ni une procédure d'enquête n'est le préliminaire indispensable de l'organisation de ce livre foncier; de même, les principes sont un alliage des principes du code civil et de ceux que nous avons à étudier. Les droits réels immobiliers sont ceux du droit français. La règle du transfert de la propriété par simple consentement *inter partes*, que la législation issue du code allemand avait écartée, est rétablie. L'authenticité des actes à inscrire est exigée; les notaires et greffiers ont l'obligation de faire inscrire les actes passés devant eux. Toute différence est supprimée entre les trois livres existants antérieurement. Le livre foncier reste tenu par le juge cantonal. Le principe de la légalité est maintenu (art. 46); de même, le principe que, pour disposer d'un droit réel, il faut être inscrit comme titulaire de ce droit. Il est ouvert un feuillet à chaque propriétaire pour tous les immeubles lui appartenant dans la même circonscription. La publicité s'étend à tous les modes d'acquisition de la propriété, même par succession et par partage, à tous les droits réels, aux privilèges et hypothèques, aux baux de plus de 12 ans, aux quittances ou cessions de loyers non échus pour plus de 3 ans. La définition des tiers est celle de la loi du 23 mars 1855. La règle de la force probante des inscriptions n'est pas admise : l'acquéreur n'est donc pas complètement à l'abri des causes de nullité du titre de son auteur; il bénéficie toutefois d'une présomption légale

(art. 41). Mais la publicité des causes de résolution est organisée et l'art. 40 dispose qu'elles ne sont opposables aux tiers que par leur inscription ou leur prénotation. L'organisation des privilèges et hypothèques qui s'inspire du projet de la commission du cadastre, comporte l'application intégrale des règles de publicité et de spécialité. Les privilèges généraux, sauf celui des frais de justice, et les privilèges spéciaux ne se conservent que par l'inscription et ne prennent rang que du jour de l'inscription: l'inscription ne peut avoir lieu que pour une somme déterminée et sur des immeubles déterminés. Les mêmes principes régissent les hypothèques légales: les notaires et les juges de paix ont la charge de provoquer l'inscription de celles-ci. L'hypothèque judiciaire est maintenue, mais ne résulte que « de décisions exécutoires pour créances de sommes d'argent ». Les inscriptions se périment par dix ans.

31. — MADAGASCAR ⁽¹⁾. — La colonie de Madagascar a adopté dès 1897 le régime des livres fonciers basé sur l'immatriculation facultative. Le décret de 1897 était la reproduction littérale de la loi foncière tunisienne; il ne s'en séparait que sur un point important: il n'était pas créé de tribunal spécial analogue au Tribunal mixte de Tunisie: l'immatriculation était toutefois judiciaire comme en Tunisie, elle était ordonnée soit par ordonnance du président du tribunal ou du juge de paix à compétence étendue dans les affaires sans oppositions, soit par jugement des juridictions ordinaires dans les affaires comportant des oppositions.

Tandis que la Tunisie réussissait à s'accommoder de sa loi foncière, l'application qui en était faite à Madagascar ne parvenait pas à remédier à l'imprécision et aux lacunes du texte. Nous verrons notamment comment des doutes s'étaient élevés au sujet de l'existence d'un principe fondamental, celui de la légalité, et comment, à l'occasion d'un procès présenté d'une manière malheureuse, la Cour de Cassation avait tranché cette controverse. Le décret du 4 février 1911 a entièrement révisé la législation en s'inspirant de celui promulgué en 1906 pour l'Afrique Occidentale. L'immatriculation est obligatoire dans certains cas, mais facultative en principe. Elle continue à être ordonnée par justice. Elle purge les droits antérieurs de la même manière qu'en Tunisie, avec seulement le recours en dommages-intérêts contre l'auteur du dol. Les principes de la publicité,

(1) *J. O.*, 7 février 1911. — LOTA, *La propriété foncière à Madagascar et Dépendances*, Pitot, Tananarive, 1932.

de la légalité et de la force probante sont consacrés et leur application a été précisée en des termes qui ont été empruntés à la législation de l'Afrique Occidentale. Le régime hypothécaire reste exactement celui de la loi tunisienne. Toutefois, comme en Afrique Occidentale, la purge est supprimée et une procédure d'exécution plus simple et plus rapide que la saisie du code de procédure est instituée.

L'immatriculation a donné à Madagascar des résultats importants. Mais si elle a permis à la colonisation de s'implanter, elle n'a pas pris un développement assez considérable et assez rapide pour apurer le régime de la propriété indigène considérée dans son ensemble. Pour stabiliser celle-ci — et aussi pour déterminer la consistance du domaine de l'Etat — on a pris des mesures qui ne sont pas sans analogie avec une proposition de réforme actuellement à l'étude en Tunisie : un décret du 25 août 1929 a prescrit l'exécution d'un cadastre et d'une enquête juridique, en suite de quoi la propriété et les droits réels qui la grèvent sont inscrits sur une matrice foncière tenue par le conservateur.

Enfin, un décret du 9 juin 1931 a étendu à l'archipel des Comores le régime de l'immatriculation. Il y a lieu de noter qu'au lieu d'être judiciaire comme dans l'île de Madagascar, l'immatriculation doit être effectuée par le conservateur ⁽¹⁾.

32. — CONGO FRANÇAIS. — Le régime de l'immatriculation a été introduit au Congo Français par un décret du 28 mars 1899 (*J. O.*, 2 avril). Comme celui de Madagascar de 1897, ce texte s'apparente étroitement à la loi tunisienne, bien que la rédaction en soit, en général, meilleure. L'immatriculation est facultative, sauf exceptions. Elle n'est applicable qu'aux immeubles appartenant à des européens ou à des indigènes naturalisés français. Elle est prononcée judiciairement, de la même manière qu'à Madagascar, c'est-à-dire par ordonnance du Président du tribunal, dans les affaires sans opposition, et par jugement des juridictions ordinaires dans les affaires litigieuses. L'immatriculation aboutit à l'établissement d'un titre qui forme le point de départ unique de la propriété et des droits réels. Les règles non contraires du code civil sont applicables, mais l'usucapion a été écartée. Les principes de la publicité, de la force probante et de la légalité sont formulés dans les mêmes termes que par la loi tuni-

(1) Les décrets du 25 août 1929 et du 9 juin 1931 paraissent préparer l'abandon dans la colonie de Madagascar du régime d'immatriculation judiciaire qui y est en vigueur et qui a été inspiré par le système tunisien.

sienne. Il y a également peu de divergences en ce qui concerne le régime hypothécaire : les privilèges généraux subsistent et sont dispensés d'inscription, les privilèges spéciaux et les hypothèques légales sont remplacées par des hypothèques forcées, l'hypothèque judiciaire n'est pas admise.

33. — AFRIQUE OCCIDENTALE FRANÇAISE. — Un décret du 24 juillet 1906 (*J. O.*, 4 août), a institué les livres fonciers dans les colonies et territoires de l'Afrique Occidentale. Cette législation a été refondue et est aujourd'hui remplacée par le décret du 26 juillet 1932. (*J. O.*, 1^{er} et 2 août), mais le deuxième texte diffère peu du premier ⁽¹⁾. Le décret de 1906, qui contient une réglementation étendue du nouveau droit foncier et qui fut promulgué au lendemain de la clôture des travaux de la commission française du cadastre, a marqué, à certains égards, un progrès sur les législations qui l'ont précédé. Il a eu une influence directe sur la réforme accomplie à Madagascar en 1914 et sur les diverses législations édictées plus tard dans les territoires qui dépendent du Ministère des Colonies; il a été également utilisé par le législateur marocain.

L'immatriculation est facultative en principe, mais devient obligatoire en cas d'aliénation ou concession de terres domaniales et lorsqu'un immeuble doit faire, pour la première fois, l'objet d'un contrat écrit, rédigé en conformité du droit français. L'immatriculation est administrative : c'est le conservateur qui immatricule; les tribunaux jugent, à charge d'appel, les contestations. Le décret emprunte à la Tunisie une partie de la procédure qui conduit à l'immatriculation et la purge des droits antérieurs.

Les dispositions non contraires du code civil et des lois françaises sont applicables aux propriétés immatriculées. Sur le principe de la publicité et son application, l'organisation et la tenue du livre foncier, l'analogie avec la loi tunisienne est très sensible. Mais le principe de la légalité est précisé d'une manière heureuse (*infra*, n° 488, note). Diverses dispositions règlent également l'application du principe de la force probante des inscriptions : les solutions adoptées en cette matière ne laissent rien à désirer au point de vue de la précision; mais, plusieurs d'entre elles constituent des dérogations graves à

(1) Le rapport du Ministre au Président de la République expose que la principale réforme consiste dans le rétablissement de la purge des hypothèques, mais, à consulter le décret, on s'aperçoit que la purge des art. 2181 et suiv. du Code civil demeure supprimée (art. 52) et qu'il est seulement disposé que les hypothèques seront purgées par l'expropriation forcée

notre droit et nous verrons qu'elles s'éloignent notablement des conséquences que l'on doit déduire de l'art. 16 de la loi tunisienne (*infra*, n^{os} 464, 468 et 469, notes).

L'organisation des privilèges et des hypothèques repose sur la publicité et la spécialité, les privilèges généraux subsistent, mais, sauf celui des frais de justice, ils se classent après les hypothèques; des hypothèques forcées tiennent lieu, comme en Tunisie, des privilèges spéciaux et des hypothèques légales; il n'y a pas de purge en suite d'aliénation volontaire; une procédure spéciale de saisie immobilière est instituée.

34. — MAROC. — La législation foncière du Maroc se compose de plusieurs décrets du Sultan ou *dahirs*. Les textes organiques sont, d'une part, le *dahir* du 12 août 1913, qui détermine la procédure de l'immatriculation, organise le livre foncier et établit les principes du système; d'autre part, le *dahir* du 2 juin 1915 qui réglemente la propriété et les droits réels et institue le régime hypothécaire. Cette législation a subi fortement l'influence tunisienne ⁽¹⁾. Elle s'en sépare cependant sur certains points importants, notamment en ce qui concerne le mode d'immatriculation ⁽²⁾.

L'immatriculation, qui est facultative en principe, a pour caractéristique essentielle, comme en Afrique Occidentale, d'être opérée administrativement et non judiciairement (*infra*, n^o 40, note). Le titre établi à l'issue de la procédure est semblable au titre tunisien. Une copie est délivrée au propriétaire.

Les droits antérieurs sont purgés, sauf recours en dommages-intérêts en cas de dol contre l'auteur du dol, et, si celui-ci est insolvable, contre un fonds d'assurance. La prescription ne peut faire acquérir aucun droit réel sur un immeuble immatriculé ni éteindre les droits réels inscrits.

La publicité est générale et complète, comme en Tunisie. Mais la loi marocaine n'a pas conçu la publicité seulement comme un moyen de rendre les conventions des parties opposables aux tiers. Adoptant le point de vue auquel la commission du cadastre avait fini par se rallier, elle décide (art. 67) que les actes volontaires et les conven-

(1) M. BERGE, l'un de ses auteurs, avait été président du Tribunal mixte de Tunisie, puis président du Tribunal civil de Tunis.

(2) V. *Le règlement des oppositions par les tribunaux marocains d'immatriculation*, par M. CALDERARO (R. A., 22, 1, 279). VALENT et VEYRIÈS, *Guide pratique de l'usager de la conservation foncière au Maroc*.

tions ne produisent d'effet, même entre parties, qu'à dater de l'inscription. C'est donc l'inscription qui opère le transfert de la propriété et des droits réels, les conventions ne créent que des obligations personnelles de faire (*infra*, n° 449). Le principe de la légalité est consacré (art. 72, 74 et 94 du *dahir* de 1913), celui de la force probante se trouve énoncé dans l'art. 66 du *dahir* de 1913 et dans l'art. 3 du *dahir* de 1915. Mais les applications n'ont pas été précisées. A la différence de la loi tunisienne, la loi marocaine admet très largement les prénotations (*infra*, n° 479, note).

L'organisation de la propriété et des droits réels, qui résulte du *dahir* du 2 juin 1915, est semblable à celle en vigueur en Tunisie : on y trouve une réglementation du droit de préemption; des droits coutumiers musulmans (*gza* et autres) sont maintenus, ils demeurent régis par les usages locaux. Le régime hypothécaire, enfin, est très voisin de celui de la loi tunisienne : à signaler toutefois l'hypothèque différée (*infra*, n° 375) et la suppression de la purge (*infra*, n° 360). A signaler également les dispositions des *dahirs* des 29 octobre 1924 et 25 novembre 1925, instituant de nouvelles formes de crédit hypothécaire par l'intermédiaire de la caisse de prêts immobiliers du Maroc (*infra*, n° 383).

35. — INDO-CHINE FRANÇAISE ⁽¹⁾. — La Cochinchine possédait une matrice cadastrale, le *dia-bô*, établie dans un but fiscal sous la domination anamite. Le *dia-bô*, abandonné pendant la première période de l'occupation française, fut repris après 1885 comme instrument juridique, mais aucune législation ne fut édictée et la tenue des registres fut défectueuse, de sorte que le *dia-bô* ne fut jamais qu'une ébauche très imparfaite du livre foncier. A côté du *dia-bô*, fonctionnait d'ailleurs une conservation des hypothèques du modèle français. De cette dualité de régimes naissaient des conflits de lois et la confusion dans l'organisation de la publicité.

Au Cambodge, il avait été également créé une conservation des hypothèques. D'autre part, une ordonnance de 1908 avait prescrit la création d'un registre foncier des propriétés indigènes. Mais la réforme avait été peu appliquée et, au surplus, il y avait, à la base de l'organisation immobilière, le même vice essentiel qu'en Cochinchine : le défaut d'unité dans le statut réel.

(1) BOUDILLO, *Le régime de la propriété foncière en Indo-Chine*, Paris, 1915. — *Recueil des décrets, arrêtés et circulaires relatifs au régime de la propriété foncière*, Hanoï, 1931.

En Annam, le *dia-bô*, plus ancien qu'en Cochinchine, n'avait pas été tenu à jour et était devenu inutilisable. Comme dans le reste de l'Indo-Chine, la loi française fut rendue applicable aux propriétés des Français; celles des indigènes n'étaient l'objet d'aucune publicité.

Au Tonkin, il n'y avait pas de *dia-bô*. Le régime français fut appliqué aux immeubles appartenant aux citoyens et sujets français. Les indigènes furent admis à contracter sous l'empire de la loi française et à user du mode de publicité organisé par cette loi.

Enfin, dans le Laos, il n'existait aucune publicité, ni indigène, ni française.

Une réforme foncière, basée sur l'immatriculation, était depuis longtemps projetée. Dès 1886, le Résident général Paul Bert, s'était proposé d'instituer au Tonkin un régime analogue à celui qui venait d'être créé en Tunisie. Mais aucun projet n'aboutit; on se borna à exécuter le cadastre en certaines régions sans se soucier de l'organisation juridique sans laquelle le cadastre ne peut donner de résultats durables. C'est beaucoup plus tard, en 1925, que fut promulguée une législation préparée par un spécialiste, M. Boudillon.

Le décret du 21 juillet 1925, qui a été modifié sur des points de détail par les décrets des 23 novembre 1926 et 4 septembre 1927, a été rendu applicable au territoire de la Cochinchine et dans le périmètre des concessions françaises de Hanoï et Haïphong, au Tonkin, et de Tourane, en Annam. Il est destiné à être appliqué au Laos et ultérieurement à devenir « la charte foncière de l'Indo-Chine entière » ⁽¹⁾. La réforme doit supprimer la juxtaposition de deux statuts réels basés sur la nationalité des propriétaires. Le statut des immeubles sera celui déterminé par le décret, la loi nationale continuant à régir la dévolution des successions.

La législation instituée par le décret de 1925 est très étendue, elle ne comprend pas moins de 431 articles. Une notable partie du texte est consacrée au régime de la propriété et des droits réels, ainsi qu'aux contrats en matière immobilière. Elle est, dans l'ensemble, analogue aux dispositions correspondantes du code civil.

La réforme n'est pas basée sur l'immatriculation facultative, comme celles accomplies dans les autres colonies et protectorats, mais sur un cadastre général. Il y est procédé par des opérations d'ensemble englobant un territoire déterminé. Des conservateurs de la propriété foncière sont chargés d'établir de nouveaux registres au vu des an-

(1) Instruction du Gouverneur général du 7 juin 1927.

ciens livres (*dia-bô*), des procès-verbaux de commissions administratives qui contrôlent le bornage cadastral, des titres des propriétaires et enfin des états d'inscriptions et de transcriptions relevés sur les registres de la conservation des hypothèques. Après avoir dépouillé ces documents et dressé une liste des propriétaires avec le concours des autorités indigènes, le conservateur procède à une publicité et adresse des avis aux divers intéressés dont il reçoit ensuite, pendant un délai d'un an, les déclarations et oppositions. A la clôture du délai d'enquête, il inscrit sur le feuillet réel les droits relatifs à l'immeuble au sujet desquels il n'a pas été ouvert d'instance judiciaire; il inscrit ultérieurement les droits litigieux au vu de la décision intervenue.

A côté des opérations d'ensemble, il est toutefois institué une immatriculation facultative pour permettre aux propriétaires d'immeubles, situés dans des circonscriptions où le service foncier n'aura pas été encore installé, d'adopter par anticipation le nouveau régime.

Le titre purge les droits antérieurs. La publicité des mutations et constitutions de droits réels est organisée de la même manière qu'en Tunisie et dans les autres colonies et protectorats.

Les dispositions relatives au contrôle du conservateur sont les mêmes que celles de la législation de l'Afrique Occidentale. La force probante des inscriptions est consacrée par l'art. 329.

Le régime hypothécaire est semblable à celui de la Tunisie. Toutefois, il comporte l'hypothèque différée; il exclut la purge; les certificats d'inscription emportent exécution parée. Le décret organise une procédure de saisie immobilière et de distribution du prix.

36. — SYRIE ET LIBAN ⁽¹⁾. — Les Etats libano-syriens placés sous le mandat de la France en 1919, avaient eu, sous la domination turque, un livre foncier, le *defder khané*. Mais ce livre, qui avait été de tout temps médiocrement tenu, n'avait plus été mis à jour pendant et après la guerre; une partie des registres avait même disparu.

Des arrêtés du Haut-Commissaire, du 13 mai 1926, ont promulgué une nouvelle législation. Un cadastre est établi, des commissions procèdent aux délimitations, puis le conservateur établit le nouveau titre foncier. L'inscription au nouveau livre n'opère pas la purge des droits antérieurs, mais elle possède, après un certain délai, la force probante au profit des tiers. Une procédure d'immatriculation facultative

(1) LOUIS CARDON, *Le régime de la propriété foncière en Syrie et au Liban*, Sirey, Paris, 1933.

est également prévue pour permettre aux propriétaires d'immeubles non encore cadastrés et délimités, de les faire passer sous le nouveau régime sans attendre l'exécution d'opérations d'ensemble dans la circonscription où ils sont situés.

Pour le surplus, c'est-à-dire le régime des biens et le régime hypothécaire, la publicité, la légalité et la force probante, la législation repose sur des principes analogues à ceux que nous allons examiner.

37. — CAMEROUN. — L'Allemagne avait créé au Cameroun un livre foncier. Il y eut, après la guerre, un régime provisoire de transcription. Le décret du 21 juillet 1932 (*J. O.*, 24 juillet) réorganise le livre foncier sur le modèle de ceux existant dans nos colonies. Dans l'ensemble, le texte est conforme à celui de l'Afrique Occidentale.

PREMIERE PARTIE

L'IMMATRICULATION

CHAPITRE PREMIER

CARACTÉRISTIQUES DE L'IMMATRICULATION

§ 1. — Considérations générales

38. — OBJET DE L'IMMATRICULATION. — L'immatriculation est la formalité qui consiste à faire passer un immeuble du régime juridique auquel il était précédemment soumis sous le régime des livres fonciers.

Elle doit à la fois déterminer l'identité physique du fonds et les droits dont le fonds est l'objet, et aboutit à opérer sur le feuillet réel la première inscription qui servira de point de départ aux mutations, démembrements, constitutions de droits réels ultérieurs.

Cette première inscription présente le bilan du passé de l'immeuble, un bilan dont il importe essentiellement d'assurer l'exactitude, surtout s'il n'est pas susceptible d'être révisé. Les vices du système ancien pèsent lourdement sur cette opération. Lorsque, comme en Tunisie et comme dans toute l'Afrique du Nord, la propriété repose sur des titres confus et la possession sur des faits contestables, la détermination des droits qui grèvent la terre exige une attention toujours vigilante, parfois de longs et arides travaux et une minutieuse prudence. Il appartient au législateur de limiter les difficultés de cette tâche, de créer des organes qui aient le moyen de la mener à bien, d'instituer des mesures réellement efficaces, pour que tous les intéressés soient avertis et mis en demeure de faire valoir leurs prétentions, pour que ceux, incapables ou non présents, qui ne sont pas en état de défendre leurs intérêts eux-mêmes, soient protégés, pour qu'enfin les plus grandes chances soient réunies de voir apparaître tous les droits concernant l'immeuble à immatriculer. D'autre part, la loi doit se garder d'alourdir la procédure de formalités trop coûteuses et trop lentes. Une réforme qui ne permet pas d'obtenir l'accès de la propriété au livre foncier facilement, rapidement, économiquement, risque de n'être qu'une réforme sur le papier ou, tout au moins, une réforme partielle, incomplète, à lointaine échéance. Entre

le souci de ne léser aucun droit individuel et l'intérêt général qui s'attache au succès de l'immatriculation, une conciliation doit intervenir, qui est souvent délicate, mais qu'il est indispensable de réaliser.

39. — DIVERSITÉ DES SYSTÈMES. — Ce problème complexe a été résolu diversement par les différentes législations, parce qu'il ne se pose pas dans les mêmes termes dans tous les pays et qu'il touche à des intérêts politiques. Sa solution est liée à l'organisation intérieure et aux moyens financiers et techniques de l'Etat et, plus encore, à la situation plus ou moins obscure de la propriété et au degré de civilisation des habitants. Selon que la propriété repose déjà sur des bases solides, que la possession est incontestée dans le plus grand nombre des cas et qu'en cas de contestation, on possède des moyens d'investigation sérieux (notariat, système de publicité pré-existant) ou, selon qu'au contraire les titres sont obscurs, les limites mal déterminées, la possession douteuse, l'indivision fréquente, il y aura intérêt à procéder à des opérations d'ensemble à caractère obligatoire, ou bien il sera prudent de débiter par l'immatriculation facultative, on aura tendance à restreindre ou à étendre l'intervention du pouvoir judiciaire, à simplifier et accélérer la procédure ou à renforcer les mesures de publicité et à allonger les délais. Il n'y a pas de solution théorique à préconiser d'une manière générale, tout est question d'opportunité ⁽¹⁾.

§ 2. — Intervention de l'autorité judiciaire

40. — CARACTÈRE ADMINISTRATIF DE L'IMMATRICULATION. — L'immatriculation paraît être en soi une formalité administrative. Il semble que le recensement des immeubles et l'établissement de titres constant, en dehors de tout litige, le droit de propriété, entrent normalement dans la compétence de l'administration. Seul le jugement des contestations qui sont soulevées à l'occasion de la demande d'immatriculation relève des tribunaux. L'Act *Torrens* et les législations des colonies anglaises qui en sont issues — plus récemment les législa-

(1) Le projet de la commission du cadastre, les législations de l'Alsace-Lorraine, de l'Indo-Chine, de la Syrie et du Liban instituent des systèmes d'immatriculation obligatoire. Les décrets relatifs à Madagascar, au Congo, à l'Afrique Occidentale et au Maroc laissent à l'immatriculation le caractère facultatif, avec des dérogations plus ou moins étendues. L'immatriculation est judiciaire en Alsace-Lorraine, à Madagascar et au Congo; partout ailleurs elle est l'œuvre du conservateur; sous les régimes d'immatriculation obligatoire proposés en France par la commission du cadastre et institués en Indo-Chine, en Syrie et au Liban, l'établissement du titre par le conservateur est précédé d'une enquête sur les lieux faite par une commission.

tions de l'Afrique Occidentale, du Maroc et de l'Indo-Chine — ont fait une distinction très nette entre la partie administrative et la partie contentieuse de la procédure de l'immatriculation : en Australie, en Afrique Occidentale, au Maroc, en Indo-Chine, c'est le conservateur qui examine la demande et dresse le titre si les justifications nécessaires lui ont été produites et si aucune opposition ne s'est manifestée; en cas d'opposition, il renvoie les parties à se pourvoir et surseoit à immatriculer jusqu'à ce que la contestation ait été jugée ⁽¹⁾.

41. — CRÉATION EN TUNISIE D'UN TRIBUNAL SPÉCIAL. — En cette matière, la loi tunisienne s'est écartée de l'*Act Torrens*. Toutes les demandes d'immatriculation sont examinées par un tribunal qui les admet ou les rejette. En cas d'admission, le conservateur dresse le titre d'après les éléments qui lui sont fournis par la décision du tribunal.

Ce système a été justifié par des raisons d'opportunité. Il a paru qu'étant donné l'état de la propriété en Tunisie, les contestations seraient fréquentes et, dès lors, l'intervention de la justice indispensable dans la plupart des cas, que, même à défaut d'opposition, il valait mieux confier à un organe judiciaire le rôle tutélaire de protection des incapables et des non présents.

Mais on a voulu aussi que l'immatriculation fût rapide, que la situation juridique de l'immeuble ne restât pas en suspens pendant la longue période de temps que peut exiger une instance ordinaire pour suivie devant les divers degrés de juridiction. Le tribunal de droit commun en matière immobilière était le *Charaa* qu'on ne pouvait songer à charger de cette tâche, à cause de son caractère de tribunal religieux et de la lenteur de sa procédure. D'autre part, le tribunal français, qui venait de succéder aux juridictions consulaires, établies en vertu des capitulations, n'avait de compétence qu'entre européens

(1) Au Maroc, l'intervention du pouvoir judiciaire dans l'immatriculation est limitée strictement au jugement des oppositions par les art. 30 et suivants du *dahir* du 12 août 1913 révisés par les *dahirs* des 24 septembre 1917 et 10 juin 1918. Le conservateur peut procéder directement à l'immatriculation « s'il constate que tout est régulier, qu'aucune opposition ou demande d'inscription ne s'est produite ». S'il y a eu des oppositions ou demandes d'inscription, le requérant a un délai d'un mois pour en apporter la mainlevée ou y acquiescer. Il peut encore scinder sa réquisition si les oppositions ne portent que sur une partie de l'immeuble et demander pour la partie non contestée la délivrance immédiate du titre. C'est seulement à défaut de mainlevée ou d'acquiescement et pour les parcelles demeurant litigieuses que le dossier est transmis au tribunal de première instance. Le tribunal, après instruction par un juge-rapporteur, statue, à charge d'appel, sur les contestations et renvoie les parties pour qu'il soit fait tel état que de droit de sa décision devant le conservateur, seul compétent pour admettre ou rejeter, en tout ou en partie, la demande d'immatriculation. Les décisions judiciaires intervenues au sujet des oppositions ou demandes d'inscription comportent entre parties les effets de la chose jugée. Un recours judiciaire est toutefois ouvert contre la décision de rejet du conservateur.

et dans les cas où les consuls étaient eux-mêmes compétents. Les conventions antérieures entre le Bey et les puissances n'avaient pas remis aux consuls la connaissance des litiges immobiliers, sauf dans le cas où la contestation intéressait exclusivement des européens.

Le Gouvernement, qui se préoccupait par ailleurs d'étendre le rôle de la justice française, n'a pas cru devoir lui attribuer la connaissance des affaires d'immatriculation parce qu'il désirait associer des magistrats indigènes au jugement des contestations relatives à la propriété immobilière et aussi parce qu'il tenait à éviter les lenteurs de la procédure ordinaire et des recours en appel et en cassation. Il a été ainsi amené à constituer un tribunal spécial, présidé par un magistrat français, composé pour moitié de juges français et pour moitié de juges musulmans — d'où son nom de Tribunal mixte — et appelé à statuer sans formalités ni voies de recours. « Sa création, dit le rapport Cambon, répond à un besoin spécial, on a pensé qu'il fallait associer à l'œuvre de constitution de la propriété une juridiction expéditive chargée de surveiller l'exécution de la loi et de résoudre les litiges que son application ne peut manquer de soulever ».

42. — ORGANISATION DU TRIBUNAL MIXTE. — L'organisation de la juridiction chargée d'immatriculer a été, depuis 1885, plusieurs fois remaniée. Le Tribunal mixte était à l'origine composé de magistrats du Tribunal civil, auxquels étaient adjoints des juges indigènes. Puis, lorsque les instances en immatriculation devinrent plus nombreuses, le juge rapporteur, plus tard un vice-président, durent s'y spécialiser et furent détachés du Tribunal civil, les juges suppléants de la juridiction ordinaire ou, à leur défaut, les juges de paix de Tunis, complétant le Tribunal mixte. Aujourd'hui, le Tribunal mixte est un organe entièrement distinct, qui comprend un président, trois vice-présidents, quatre juges-rapporteurs, huit juges ou juges suppléants français, huit juges ou juges suppléants musulmans, un greffier et un commis-greffier, trois interprètes ⁽¹⁾. Il est régi par les décrets des 30 avril 1903, 23 décembre 1919 et 2 juin 1931 ⁽²⁾.

(1) Un juge-rapporteur français, deux juges musulmans, un commis-greffier et un interprète sont en résidence à Sousse où le Tribunal tient chaque mois, une audience foraine.

(2) Les juges français peuvent être chargés par le président en cas d'empêchement d'un juge-rapporteur, d'instruire une ou plusieurs affaires déterminées. Le président règle le service intérieur, le greffe, l'ordre et la composition des audiences; le greffier est responsable des dépôts divers qui sont effectués au greffe. Le président a la police des audiences, les infractions qui y seraient commises sont constatées par procès-verbal qui est transmis au procureur de la République ou au Gouvernement tunisien selon que le délinquant est justiciable des tribunaux français ou de la juridiction indigène. Les magistrats français portent à l'audience le costume des magistrats des tribunaux de première instance français. Les mandataires des parties devant le Tribunal mixte sont tenus aux mêmes règles que celles qui leur sont imposées devant les tribunaux ordinaires.

43. — COMPOSITION DU TRIBUNAL. — La composition du Tribunal était, d'après l'art. 34 de la loi foncière, variable selon la nationalité des parties en cause : trois magistrats français si toutes les parties étaient justiciables de la juridiction française; trois magistrats tunisiens lorsque toutes les parties étaient tunisiennes; un président et deux magistrats français et deux magistrats tunisiens dans les autres cas. En fait, les dispositions de l'art. 34 avaient cessé d'être observées. Le décret du 30 avril 1903 a mis fin à la situation irrégulière qui résultait des errements suivis ⁽¹⁾. Le tribunal est désormais composé de 5 magistrats, 3 français et 2 tunisiens; s'il n'y a en cause que des justiciables de la juridiction française, les magistrats indigènes siègent avec voix consultative seulement. Exceptionnellement, la composition du tribunal peut être réduite à 3 membres, 2 français et 1 tunisien, lorsqu'il s'agit de statuer sur des affaires sans opposition ou d'ordonner, de l'accord des parties, des opérations topographiques ou d'autres mesures préparatoires, le renvoi à l'audience ordinaire étant de droit s'il est demandé avant la clôture des débats et pouvant toujours être ordonné d'office (décret du 5 juin 1912).

§ 3. — Caractère facultatif. Exceptions

44. — MOTIFS. On a déjà pu apprécier dans quelles conditions défavorables se présentait, en Tunisie, le problème de l'immatriculation. Plus de vingt ans après, M. Paul Dumas, président du Tribunal mixte, pouvait encore écrire : « Nous ne sommes pas en France, les héritages ne se présentent pas découpés en damier, avec des fossés, des haies, des murs, des maisons, le cadastre n'existe pas, il n'y a pas d'état civil, il n'y a pas de conservation des hypothèques, l'enregistrement des actes ne remonte qu'à une date récente. De vieux titres, souvent informes, œuvres de notaires, ignorants même de leur langue, des titres récents souvent plus suspects encore, *outikas*, *oufas*, obtenus et souvent achetés de la complaisance de quelques témoins. Et parfois, pas même de titres. Voilà pour la preuve du

(1) « Si l'on considère que le jugement d'immatriculation tranche la question de propriété, non seulement à l'égard des opposants, mais encore des tiers inconnus, européens ou indigènes, il faut bien reconnaître que la division du Tribunal mixte en chambre française et en chambre musulmane n'a aucune raison d'être. Cette considération est évidemment suffisante pour motiver une révision des textes, mais elle ne saurait, à notre avis, justifier les errements du Tribunal mixte qui sont contraires aux décrets organiques de cette juridiction » LESCURE, *Du double régime foncier de la Tunisie*, p. 328, note

droit... Mais le droit lui-même, quel est-il ? Est-il toujours bien défini ? Est-il seulement toujours né ? Il est des régions où l'on peut se demander si le droit de propriété a complètement fini d'évoluer ⁽¹⁾ ».

A plus forte raison, en 1885, au lendemain de notre installation dans le pays, se serait-on trouvé en présence de difficultés qui commandaient de ne pas tenter l'aventure d'opérations d'ensemble devant aboutir à l'immatriculation obligatoire ⁽²⁾. L'eut-on voulu, que la faiblesse des moyens budgétaires et le défaut de personnel technique, géomètres et juristes spécialisés, ne l'eussent pas permis. Le Gouvernement considéra aussi qu'une révision forcée des titres de propriété risquerait d'être mal interprétée, de causer des inquiétudes dans une population ignorante et qui, au cours des siècles, a subi tant de fois la confiscation des terres par les conquérants, de créer un mécontentement politique d'autant plus à craindre que le droit se confondait avec la loi religieuse. Enfin, on pensait qu'il suffisait, pour le moment, d'ouvrir la voie aux transformations économiques, spécialement de permettre aux européens d'acquérir des terres ou de fournir des capitaux, et que l'immatriculation avait en elle une force d'expansion qui la mènerait au succès.

« La loi foncière du 1^{er} juillet 1885, dit le rapport Cambon, est facultative comme l'*Act Torrens*. On n'entend nullement imposer le régime nouveau aux propriétaires qui ne voudraient pas l'accepter. On laisse à l'initiative privée le soin de se prononcer entre l'ancienne et la nouvelle législation. Ce système a l'avantage de ne point modifier brusquement les coutumes et les traditions des indigènes, il laisse au temps et à l'expérience le soin de leur démontrer l'avantage des lois nouvelles, mais il fournit, dès à présent, aux européens et aux capitalistes, les sécurités qui leur sont nécessaires ».

45. — EXCEPTIONS. — Le principe que l'immatriculation est facultative est formulé dans l'art. 22. Il a été maintenu jusqu'à ce jour. Les dérogations que l'on peut citer ne sont qu'apparentes, en tous cas elles sont exceptionnelles et de peu d'importance. Deux textes ont introduit dans la législation, en vue de cas spéciaux, des dispositions que l'on interprète, parfois, comme des dérogations au caractère facultatif. Ce sont les décrets du 22 juin 1888 sur l'aliénation des

(1) Rapport au Résident général, 22 mai 1909.

(2) M. Pontois a écrit plus tard qu'« on avait eu le grand tort de rendre l'immatriculation facultative », mais il avait combattu dans son rapport le principe de l'obligation.

biens *habous* ⁽¹⁾ et du 16 mars 1892 sur les ventes à la barre des tribunaux français.

46. — CESSION A ENZEL DE BIENS HABOUS. — Aux termes du premier de ces textes, les immeubles *habous* peuvent être aliénés aux enchères publiques moyennant une rente d'*enzel*. L'adjudicataire est tenu de signer immédiatement une demande d'immatriculation. Cela est, à vrai dire, une charge de l'adjudication plutôt qu'un cas d'immatriculation obligatoire. L'administration des *Habous* stipule de l'enzéliste l'obligation de faire immatriculer afin de mieux garantir la conservation de la rente qui lui revient comme pourrait le faire un particulier qui vendrait moyennant un prix payable à terme.

47. — DÉCRET DU 16 MARS 1892 SUR LES VENTES JUDICIAIRES. — Le décret du 16 mars 1892 contient des dispositions plus complexes. Ce décret a eu pour objet de parer à des inconvénients pratiques fort graves qui s'étaient révélés dès les premières années du fonctionnement de la justice française. De nombreuses expropriations d'immeubles étaient poursuivies devant nos tribunaux sans que l'origine de propriété ait été suffisamment étudiée. Les débiteurs saisis n'étaient pas les véritables propriétaires de l'immeuble ou bien n'en possédaient qu'une part indivise. Mais la publicité des ventes judiciaires n'étant pas organisée de manière à atteindre les indigènes, la procédure se déroulait jusqu'à l'adjudication sans qu'aucune revendication se fit jour. Le tribunal n'avait pas le moyen d'exercer un contrôle sérieux sur les titres de propriété, il ne pouvait même pas exiger que ces titres fussent produits. Plus tard, après la distribution et le paiement du prix, des conflits s'élevaient entre les adjudicataires et les revendiquants. Des acquéreurs de bonne foi voyaient annuler des titres qu'ils avaient cru certains et étaient réduits à des recours souvent illusoire contre le saisissant et le saisi. On profita de la réunion de la commission chargée de réviser la loi foncière pour lier cette question à celle du développement de l'immatriculation. Il était en effet tout indiqué que l'immatriculation fût le remède d'une telle situation. Le décret y pourvoit par deux séries de dispositions, les unes relatives à l'immatriculation préalable à l'adjudication, les autres organisant l'immatriculation à la requête de l'adjudicataire.

(1) Sur les *habous*, *infra*, n° 51

Avant l'adjudication, l'immatriculation peut être requise, en matière de saisie, par le créancier poursuivant ⁽¹⁾, en matière de licitation par l'un des co-licitants ⁽²⁾ et pour les biens de mineurs par les tuteurs ou subrogés-tuteurs, avec l'autorisation du conseil de famille ⁽³⁾. Les frais sont avancés par le requérant et s'ajoutent aux frais de poursuites.

Faute, par les parties, de demander l'immatriculation, le tribunal peut, d'office, surseoir à la vente jusqu'à ce que celle-ci ait été obtenue, si le titre de propriété ne lui est pas produit ou s'il apprécie que le titre n'est pas suffisant.

Si l'immeuble a été adjugé non immatriculé, il appartient à l'adjudicataire de demander l'immatriculation en déclarant qu'il subordonne à celle-ci l'exécution des charges de la vente. Il doit consigner le prix et payer les frais de poursuites dans la quinzaine de l'adjudication et déposer la réquisition dans la quinzaine suivante. L'adjudicataire qui n'a pas usé de la faculté de subordonner à l'immatriculation l'exécution du cahier des charges, perd tout recours contre le propriétaire de l'immeuble ⁽⁴⁾, le poursuivant et les créanciers » (art. 12 du décret du 16 mars 1892). Ces mesures et la sanction rigoureuse édictée par l'art. 12 devraient avoir pour résultat de provoquer l'immatriculation de tous les immeubles vendus à la barre. Il est regrettable qu'il n'en soit pas ainsi. Dans la pratique, l'immatriculation est trop rarement demandée par l'adjudicataire, elle ne l'est jamais par le poursuivant de sa propre initiative, et les tribunaux paraissent faire peu d'usage de la possibilité de surseoir à la vente.

Le décret sur les ventes judiciaires ne porte pas de sérieuse atteinte au principe de l'immatriculation facultative. Le tribunal, s'il refuse de procéder à la vente, rend indirectement obligatoire l'immatriculation. On peut encore considérer qu'il y a obligation pour les co-propriétaires, lorsque l'immatriculation est demandée au cours d'une licitation par un co-licitant. Ce sont les seules dérogations qu'on ait apporté au caractère facultatif de l'immatriculation. Elles sont d'ordre secondaire et, en outre, sont peu appliquées dans la pratique.

(1) Le créancier poursuivant peut ne pas être un créancier hypothécaire, d'où l'utilité de cette disposition. *Infra*, n° 57.

(2) Sauf, toutefois, si la procédure de licitation a été engagée par des co-propriétaires opposants à une demande d'immatriculation. *Infra*, n° 58.

(3) Le texte exige ici, assez inutilement, l'autorisation du conseil de famille. *Infra*, n° 59.

(4) Il faut entendre le vendeur (saisi, co-licitant, mineur).

48. — RETRAIT DE LA DEMANDE D'IMMATRICULATION. — Il arrive quelquefois que le requérant veuille renoncer à sa demande d'immatriculation et demande au Tribunal mixte que l'affaire soit rayée du rôle. Le tribunal, au début, se conformait à ce désir, mais aujourd'hui sa jurisprudence est, à bon droit d'ailleurs, fixée en sens contraire : il a plusieurs fois jugé, notamment dans une décision du 28 mai 1912, sur la réquisition n° 10.627, que le retrait ne saurait être accordé alors même qu'il serait argué du principe que l'immatriculation est facultative. « Ce principe signifie seulement, dit une autre décision du 18 avril 1929 (réquisition n° 13.987) que les propriétaires sont libres de laisser leurs immeubles sous l'empire du droit musulman et de ne pas requérir l'immatriculation, mais non de retirer leur demande après l'avoir déposée, alors surtout que cette procédure, établie dans un intérêt général, et dont les frais sont pour la plus grande partie supportés par les finances de l'Etat, intéresse d'autres personnes qui y sont intervenues et qui ont un droit acquis à la voir se poursuivre ».

CHAPITRE II

BIENS SUSCEPTIBLES D'IMMATRICULATION

49. — FONDS DE TERRE ET BATIMENTS. — Tous les biens immobiliers ne sont pas susceptibles d'être immatriculés, mais seulement, d'après l'art. 15 de la loi foncière, les fonds de terre et les bâtiments.

Il découle de ce texte et d'ailleurs d'autres dispositions de la loi, qu'on ne peut demander l'immatriculation d'un droit réel distinctement de la propriété, par exemple d'un usufruit. Ce ne sont pas les droits qui sont immatriculés, mais les immeubles eux-mêmes, et les droits réels ne passent sous le régime de l'immatriculation qu'avec le fonds sur lequel ils portent.

La loi n'a envisagé que les immeubles par nature et, parmi ceux-ci, elle n'a pas énuméré les végétaux adhérents au sol. Le propriétaire d'arbres plantés sur le terrain d'autrui ne pourrait donc pas faire immatriculer sa plantation indépendamment du sol.

Mais la loi a énoncé les terrains d'une part et les édifices d'autre part, ce qui n'est pas en parfaite harmonie avec la définition qu'elle donne du droit de superficie. Il n'y a, en effet, d'intérêt à distinguer entre le sol et la construction que si l'un et l'autre appartiennent à des personnes différentes. Or, si les bâtiments édifiés sur le terrain d'autrui n'étaient pas une propriété, mais un démembrement de la propriété du fonds, comme a paru le vouloir l'art 150, ils ne devraient être immatriculés qu'avec le fonds lui-même et il n'y avait pas lieu de les énoncer distinctement. On verra plus loin ce qui est dit des dispositions fort obscures de la loi relatives au droit de superficie et les rares applications qui en sont faites. L'étage construit sur le rez-de-chaussée d'autrui, qui est en Tunisie la forme la plus fréquente de la division des immeubles en hauteur est, selon une jurisprudence constante du Tribunal mixte, une propriété et est immatriculé comme tel en vertu de l'art. 14. (*Infra*, n^{os} 209 à 211).

50. — TERRES COLLECTIVES ⁽¹⁾. — Bien que tous les fonds de terre soient en principe susceptibles d'être immatriculés, encore faut-il,

(1) Desmé DE CHAVIGNY, *La terre collective de tribu en Algérie et en Tunisie*. GUINLE, Tunis, 1911. PAUL DUMAS, *Les populations indigènes et la terre collective de tribu en Tunisie*. RECTENWALD, *Terres mortes et colonisation en Tunisie* (R. A., 21, 1, 17).

pour qu'ils puissent l'être, que le droit de propriété qui leur est applicable soit celui défini par la loi foncière. Dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, ce n'est pas le cas des terres dites de jouissance collective. Il existe, dans la Tunisie centrale et méridionale, de vastes espaces que parcourent les troupeaux. Terres non pas infertiles, sans doute, mais irrégulièrement arrosées, qui sont totalement incultes ou cultivées par endroits, à de longs intervalles de temps, au hasard des pluies, et dont la mise en valeur nécessiterait un ensemble de conditions économiques et sociales qui n'ont pas été réunies depuis des siècles. Sur ces terrains presque improductifs, dont la rente naturelle est faible, des nomades ou semi-nomades, pauvres et clairsemés, exercent une possession essentiellement discontinue. Quel régime appliquer ? Un décret du 13 janvier 1896, consacrant une règle du droit coranique, a déclaré domaniales les terres mortes. Devait-on immatriculer ces terres de parcours au nom de l'Etat comme terres mortes, sauf à inscrire sur le titre le droit de jouissance des tribus ? Cela a été admis sans discussion pendant fort longtemps, et on pourrait citer dans le sens de cette doctrine plusieurs décisions du Tribunal mixte. Un jugement du 23 janvier 1904, s'exprime ainsi : « Attendu que l'opposant explique qu'il reconnaît parfaitement que l'immeuble en instance est domanial et n'est nullement la propriété de ceux au nom desquels il agit, mais que ceux-ci, qui sont des nomades, ont de tout temps résidé sur ce territoire et l'ont parcouru avec leurs troupeaux, qu'ils y ont fait paître ceux-ci, qu'ils ont ensemencé les parties cultivables, qu'ils y ont cueilli l'alfa, qu'ils ont utilisé les points d'eau, qu'en résumé ils en ont joui en commun, suivant les coutumes usitées chez les nomades, qu'ils sollicitent du Gouvernement le maintien de cet état de choses; Attendu que le représentant de la Direction de l'Agriculture déclare n'avoir aucune objection à présenter à l'encontre des prétentions ainsi formulées » (*R. A.*, 05, 2, 239). Et le commentateur de la *Revue Algérienne* d'ajouter : « Cette décision semble indiquer que la terre *arch* n'existe pas en Tunisie... Si l'Etat tunisien veut un jour utiliser l'immeuble ainsi immatriculé, il faudra bien qu'il le dégrève des droits constatés sur le titre au profit des indigènes. Il sera amené, par la force des choses, à faire ce qu'on faisait autrefois en Algérie, le cantonnement ».

Mais sous l'influence des idées émises en Algérie, le point de vue de l'administration et du Tribunal mixte a changé. Un décret du 14 janvier 1901 a reconnu l'existence de terres de jouissance collective

des tribus, distinctes des terres mortes, dont il a ordonné la délimitation et qu'il a déclaré inaliénables. Une commission était chargée de « définir les conditions d'établissement, de jouissance, de conservation et de transmission de la propriété dans les terres collectives de tribus ». Les travaux de la commission n'ont pas abouti. Les années se sont écoulées sans que les terres collectives aient été dotées du statut que prévoyait le décret de 1901. Seuls, les territoires militaires ont reçu, en 1918, une organisation de la propriété. Partout ailleurs, la terre reste sans régime juridique et frappée d'une sorte de sequestre qui a eu l'heureux résultat de protéger les tribus contre les accaparements des terres par les spéculateurs, mais qui ne saurait se prolonger indéfiniment sans paralyser l'évolution du pays ⁽¹⁾.

Le Tribunal mixte a rompu avec sa jurisprudence antérieure. Un jugement rendu le 6 mars 1909, dans la retentissante affaire Couitéas, proclame que les terres collectives « constituent un domaine spécial dont le régime légal est sensiblement analogue à celui des terres *arch* de l'Algérie, que ce domaine est absolument distinct du domaine privé de l'Etat, qu'il n'y a aucune assimilation à établir entre ces terres le plus souvent fertiles, objet d'une occupation et d'une culture plus ou moins dense de la part des collectivités indigènes, et les territoires vacants, les terres vaines et vagues ou les terres mortes du droit musulman ». (*R. A.*, 09, 2, 263 et note de M. Morand). Depuis cette époque, il n'est plus prononcé d'immatriculation au profit de l'Etat de terres réputées collectives (*T. M.*, 3 février 1921, *R. A.*, 21, 2, 66). Dans le jugement du 3 février 1921, le tribunal déclare qu'il ne peut que prier le Premier Ministre de S. A. le Bey, qui a la tutelle des collectivités indigènes, de lui faire connaître si la propriété en instance d'immatriculation fait partie des terres de jouissance collective et, « dans l'affirmative, s'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer sur l'immatriculation jusqu'à ce que le régime de ces terres ait été déterminé, et que la double question de savoir si ces terres sont sujettes à l'immatriculation et quelle est la personne qui a qualité pour la requérir ait été tranchée législativement ».

En ce qui concerne les territoires militaires (caïdats des Ouerghemma, des Matmata et des Nefzaoua), ils sont aujourd'hui régis par le décret du 23 novembre 1918. A vrai dire, ce texte ne définit pas le régime juridique des terres de jouissance collective, il se borne à

(1) L'étude de ce problème a été reprise dans ces dernières années. Une législation paraît devoir être promulguée prochainement.

réglementer la jouissance et les aliénations ou partages par lesquels la propriété privative peut y être constituée. Il n'organise pas l'immatriculation soit au nom de l'Etat propriétaire éminent, soit au nom des collectivités elles-mêmes, mais il donne à celles-ci la personnalité civile, ce qui est la condition première pour que l'immatriculation devienne possible lorsque le législateur l'autorisera. Dans l'état actuel, il résulte seulement de l'art. 3 que, seuls, les immeubles possédés à titre privatif peuvent être immatriculés à la requête de particuliers.

51. — TERRES HABOUS. — On s'est encore demandé si l'immatriculation était applicable à une autre catégorie de terres, également fort importante : les terres constituées en *habous*, que le droit coranique soumet à un statut très spécial et complexe et dont une caractéristique essentielle est l'inaliénabilité ⁽¹⁾. M. Lescure a soutenu la négative (*Le double régime foncier de la Tunisie*, p. 307 et suiv.). Il a donné, à l'appui de son opinion, deux arguments : 1° la loi foncière n'a point parlé des *habous* et notamment l'art. 13, qui énumère les droits réels, ne les vise point ⁽²⁾; 2° il y a antinomie profonde entre l'inaliénabilité, qui est le principe fondamental du *habous* et la loi foncière dont le but est « la mobilisation du sol ».

Cependant, de très nombreuses propriétés *habous* ont été immatriculées et fréquemment des immeubles immatriculés ont été constitués en *habous* par leurs propriétaires musulmans et les constitutions ont été inscrites sur les titres. La question est donc tranchée : on est en présence du fait accompli et la controverse ne saurait avoir aujourd'hui qu'un intérêt théorique. Mais il serait désirable de voir consacrer par la loi la situation qui existe en fait. Cette situation ne laisse pas que d'être assez particulière. D'abord, on doit admettre que l'immatriculation ne change rien à la nature du *habous*. Puisque la loi foncière n'a nullement modifié l'institution, c'est au droit musulman qu'il faut se référer en ce qui concerne la validité de la constitution en *habous* et les questions relatives à la dévolution. L'inalié-

(1) *Infra*, nos 153, 432, 495.

(2) L'argument tiré de l'art. 13 n'est pas décisif, à mon avis. Le *habous* n'est pas un droit réel distinct qui devait nécessairement être énuméré dans l'art. 13. C'est une forme de la propriété. Le législateur de 1885 qui avait naturellement le souci de ne pas inquiéter l'opinion musulmane a évité de parler des *habous*. Il est difficile de savoir comment on doit interpréter ce silence. M. Pontois a écrit : « J'ai vivement insisté pour que la loi immobilière règle le régime auquel seraient soumis les *habous*; cela me semblait le complément indispensable de la loi nouvelle. M. Cambon s'y opposa avec la dernière énergie ». (*Les odeurs de Tunis*, p. 181).

nabilité subsiste, avec, pour corollaires, l'impossibilité d'hypothéquer et de saisir. La loi foncière ne régit l'immeuble qu'au point de vue de sa consistance matérielle, des droits qui le grèvent, de la publicité. Le régime des biens *habous* immatriculés est donc hybride, les questions de compétence donnent lieu à des difficultés que nous aborderons plus loin ⁽¹⁾. D'autre part, la jurisprudence et la pratique ont dû adapter la publicité à ce mode spécial de la propriété : l'immatriculation est prononcée et le titre établi au nom de la fondation constituée par le propriétaire de l'immeuble sans qu'il soit fait mention des noms des dévolutaires actuels (*T. M.*, 10 juillet 1905, *J. T.*, 06, 150; Tunis, 22 novembre 1905, *J. T.*, 06, 91). Le conservateur n'inscrit pas les changements survenus dans la dévolution du *habous*. On évite de cette manière les périls que présenterait la purge des droits antérieurs à l'immatriculation si des dévolutaires, dont il est souvent difficile de dresser une liste exacte et complète, venaient à être omis dans la décision du Tribunal mixte, ainsi que des difficultés pratiquement insurmontables pour tenir, dans la suite, le titre à jour. Il suffit que le titre fasse connaître le mode de dévolution et l'œuvre pieuse à laquelle l'immeuble doit finalement revenir après extinction de la postérité des bénéficiaires; la désignation des dévolutaires serait de peu d'intérêt pour les tiers, aucun droit réel ne pouvant valablement se créer du chef des dévolutaires.

52. — PROPRIÉTÉ MINIÈRE. — La disposition de l'art. 14 exclut de l'immatriculation la propriété minière. Les mines se trouvent placées, par le décret du 29 décembre 1913, qui les régit, dans une situation spéciale au regard de la loi foncière. L'art. 53 du décret de 1913 dispose que la mine concédée (mais non le permis de recherche ou d'exploitation qui est, en Tunisie, réputé meuble) constitue une propriété immobilière soumise, sauf dérogation, au régime foncier de 1885. Toutefois, les dérogations portent sur des points essentiels : la mine n'est pas immatriculée sur les registres du conservateur en vertu d'un ordre de justice, mais consignée en vertu du décret de concession sur un registre public tenu par l'administration des Travaux publics. La publicité est organisée suivant le système du feuillet réel, mais est effectuée par le service compétent sans responsabilité. Elle s'étend à tous les écrits ayant pour effet d'instituer, trans-

(1) *Infra*, n° 153.

mettre, modifier ou éteindre un droit réel sur la mine. Elle a pour résultat de rendre opposables aux tiers les faits ou conventions intéressant la propriété minière, mais non de leur conférer la force probante ⁽¹⁾.

(1) L'immatriculation des mines à la conservation de la propriété foncière a été longuement discutée lors de l'élaboration du décret de 1913. Elle a été finalement écartée pour des raisons d'opportunité qui ne sont d'ailleurs pas absolument convaincantes. La solution adoptée, peu satisfaisante au point de vue théorique, ne présente pas en fait de très graves inconvénients parce que les concessions sont en petit nombre, qu'elles appartiennent généralement à des sociétés anonymes pour lesquelles les questions de capacité ne se posent guère et qu'enfin les mutations, les hypothèques et les saisies sont rares. *Comp. Maroc*, D. 1^{er} nov, 1929,

CHAPITRE III

PROCÉDURE DE L'IMMATRICULATION

SECTION I

PROCÉDURE PRÉPARATOIRE

§ 1. — Réquisition d'immatriculation

53. — FORME DE LA RÉQUISITION. — La demande ou réquisition d'immatriculation est introduite par le dépôt dans les bureaux du conservateur de la propriété foncière d'une déclaration qui, dans la pratique, est établie sur des formules imprimées fournies par l'administration ⁽¹⁾.

Devant être soumise à un tribunal composé pour partie de magistrats français, pour partie de magistrats musulmans, elle est rédigée en français et en arabe. La traduction est certifiée conforme par un interprète assermenté auprès du Tribunal mixte.

54. — ÉNONCIATIONS DE LA RÉQUISITION. — La demande doit contenir les énonciations prévues à l'art. 23 de la loi, à savoir les nom et état civil du requérant, une élection de domicile en Tunisie, une description de l'immeuble, la déclaration des droits réels immobiliers existant sur l'immeuble avec la désignation des ayant droit. Toutes ces indications sont nécessaires : l'état-civil complet du requérant pour permettre d'identifier celui-ci, de déterminer sa capacité et d'apprécier la répercussion que son régime matrimonial peut exercer sur le droit de propriété; l'élection de domicile parce que la loi prescrit que les notifications à faire au cours de la procédure seront adressées au domicile élu, la description de l'immeuble et la déclaration des droits réels parce qu'elles constituent les éléments essentiels de la publicité, qui permettront aux tiers d'apprécier si la demande est susceptible de les léser.

(1) Elle est établie en un seul exemplaire depuis 1892.

La description de l'immeuble comporte notamment l'indication de la justice de paix, du caïdat, du lieu, et, s'il s'agit d'une propriété urbaine, de la rue et du numéro de rue, des tenants et aboutissants. Elle est particulièrement importante, car c'est d'après la réquisition que le conservateur rédige les placards à insérer au *Journal Officiel*, et fait procéder à l'affichage et aux criées prévus par la loi. Le Tribunal mixte a eu de nombreuses occasions d'insister sur l'observation des règles de l'art. 23; il a pu rejeter *de plano* la demande pour le motif que la description donnée par le requérant n'avait pas permis aux tiers de reconnaître d'une manière certaine l'immeuble à immatriculer (11 juillet 1903, *J. T.*, 04, 384); dans beaucoup d'autres cas, il s'est borné à ordonner que la publicité soit recommencée aux frais du requérant et à rouvrir les délais d'oppositions. Cette dernière jurisprudence paraît être plus conforme à l'esprit de la réforme foncière et aux intérêts du trésor public, qui assume la plus grosse part des frais.

La déclaration des droits qui grèvent l'immeuble et l'indication des titulaires de ces droits sont également capitales. Le requérant qui omet sciemment de faire connaître dans la réquisition les charges de la propriété, commet un acte de mauvaise foi et provoque des oppositions qui auront pour résultat de rendre plus difficile et plus longue l'admission de la demande ou même d'en provoquer le rejet (V. note, *R. A.*, 16, 2, 98). Des indications simplement incomplètes ont souvent les mêmes conséquences; le Tribunal mixte est obligé d'ordonner des recherches, des vérifications, des publicités complémentaires.

55. — PIÈCES JUSTIFICATIVES. — Les titres de propriété et tous les actes intéressant l'immeuble doivent être joints à la réquisition. Il importe que le requérant constitue, dès l'introduction de sa demande, un dossier complet qui permette au juge-rapporteur de mettre promptement l'affaire en état d'être jugée et au tribunal de se prononcer sans recourir, dans la généralité des cas, à des mesures préparatoires. La négligence des parties à produire des justifications, qu'elles sont en mesure de se procurer, est souvent la cause initiale des retards que subissent certaines instances en immatriculation.

Les titres et pièces justificatives doivent être appuyés de leur traduction certifiée conforme par un interprète assermenté auprès du Tribunal mixte. La loi de 1885 avait prévu des traductions littérales, dont les frais grevaient assez lourdement les affaires. Une des réformes réalisées en 1892 a consisté à restreindre cette dépense : les

titres arabes de propriété, qui sont généralement très longs, ne sont plus obligatoirement traduits *in extenso*, il suffit de traduire en son entier la dernière mutation et de faire établir par l'interprète un relevé sommaire ou traduction analytique des mutations antérieures. Le Tribunal mixte peut, d'ailleurs, au cours de la procédure, ordonner la traduction *in extenso*, s'il reconnaît la nécessité d'un examen plus minutieux.

Il arrive fréquemment que le requérant n'ait pas en sa possession les titres de propriété. Ceux-ci sont entre les mains de créanciers à qui, selon la coutume locale, la détention du titre confère un droit sur l'immeuble. Le requérant doit, dans ce cas, sommer le détenteur du titre d'en effectuer le dépôt à la conservation de la propriété foncière. Le détenteur est tenu, aux termes de l'art. 23, complété dans ce sens en 1886, de déférer à la sommation dans un délai de huit jours sous peine de dommages-intérêts ⁽¹⁾ ⁽²⁾. La décision du Tribunal mixte ordonnera au profit de ce détenteur du titre une inscription propre à sauvegarder son droit. En cas de rejet de l'immatriculation, c'est à lui que le conservateur restituera le titre contre remise du récépissé.

56. — POUVOIR DE REQUÉRIR L'IMMATRICULATION. — La réquisition doit, enfin, être signée du requérant. S'il ne sait ou ne peut signer, le conservateur a qualité pour signer en son nom. La réquisition peut également être signée par un mandataire, mais celui-ci doit être muni d'une procuration spéciale. Le Tribunal mixte a autrefois jugé qu'une procuration générale serait insuffisante et a déclaré nulle la réquisition en se basant sur ce que l'immatriculation étant facultative et entraînant une modification profonde du régime légal de l'immeuble, la loi a entendu par l'expression « procuration spéciale » exiger une manifestation expresse de la volonté du propriétaire (23 janvier et 2 mai 1904, *J. T.*, 04, 271 et 364). Cette jurisprudence est critiquable : elle prête aux auteurs de la loi foncière l'intention peu vraisemblable d'hérissier d'un formalisme inutile l'accès du régime qu'ils instituaient : la réquisition n'est pas nulle, mais elle est à régulariser.

57. — QUI PEUT REQUÉRIR L'IMMATRICULATION. — Ont qualité pour demander l'immatriculation, aux termes de l'art. 22 de la loi, le pro-

(1) Le délai est de rigueur. Application, Tunis, 25 janvier 1897 (*J. T.*, 97, 236).

(2) Cette obligation incombe à tout détenteur du titre et spécialement au co-propriétaire (*Cas. req.*, 10 mai 1933, *J. T.*, 33, 201).

priétaire ⁽¹⁾ et l'enzéliste ⁽²⁾, le co-propriétaire et le co-enzéliste, l'usufruitier ⁽³⁾, les titulaires de droit d'usage, d'habitation, d'emphytéose, de superficie, d'antichrèse et le créancier hypothécaire non payé à l'échéance huit jours après une sommation restée infructueuse ⁽⁴⁾. Quant au créancier hypothécaire, dont la créance n'est pas échue, il peut faire immatriculer, mais avec le consentement du propriétaire ou co-propriétaire ⁽⁵⁾. Il en est de même du bénéficiaire d'une servitude.

Cette énumération comprend tous les titulaires des droits réels admis par l'art. 13, à l'exception des créanciers privilégiés ⁽⁶⁾. Ceux-ci auraient ainsi moins de droits que les créanciers munis d'une simple hypothèque, mais la jurisprudence du Tribunal mixte a assimilé à ce point de vue le *crédi-rentier* de l'*enzel* au créancier hypothécaire (30 janvier 1896, *J. T.*, 96, 111). Les titulaires de droits réels doivent, dans tous les cas, introduire la demande au nom du propriétaire. Ainsi que le dit une décision du Tribunal mixte du 10 janvier 1900, le titre de propriété et, par suite, la réquisition, doivent être établis au nom du propriétaire; l'art. 22, en donnant aux titulaires de droits réels le pouvoir de requérir l'immatriculation, n'a nullement dérogé à cette règle (*J. T.*, 00, 157). Il faut simplement voir, dans l'art. 22, une disposition analogue à celle de l'art. 1166, C. civ. Au surplus, il résulte clairement de plusieurs textes (art. 14, 18, 19) que c'est le fonds lui-même qui doit être immatriculé et qu'on ne saurait immatriculer, distinctement du fonds, un des droits visés par l'art. 22.

58. — RÉQUISITION DEMANDÉE PAR UN CO-PROPRIÉTAIRE. — Le co-propriétaire et le co-enzéliste ont été ajoutés en 1888 à l'énumération de l'art. 22, et ont ainsi vu consacrer à leur profit le droit, qui leur était contesté, de demander, hors le concours des autres communistes,

(1) C'est-à-dire aussi le nu-propriétaire.

(2) Sur l'*enzel*, *infra*, n° 180 et suiv.

(3) Jugé que l'un des dévolutaires d'une fondation *habous* est recevable à requérir l'immatriculation au nom de la fondation en raison de son droit de jouissance sur l'immeuble (*T. M.*, 3 fév. 1925, *R. A.*, 25-2-153).

(4) Faut-il entendre une sommation de payer, un commandement, ou bien une sommation au propriétaire de demander l'immatriculation ? La loi marocaine précise qu'il s'agit d'un créancier qui entreprend une saisie immobilière (art. 11 du *dahir* du 12 août 1913).

(5) Rien ne s'oppose, semble-t-il, à ce que ce consentement soit donné d'avance dans l'acte constitutif d'hypothèque.

(6) Dans la rédaction de 1886 et celle de 1888, l'art. 22 contenait une référence à l'art. 13 qui a disparu en 1892.

l'immatriculation de l'immeuble indivis. Dans le système de 1888, l'immatriculation était indirectement rendue obligatoire pour les copropriétaires non requérants. La révision de 1892, qui a remanié ce texte pour la troisième fois, leur réserve, au contraire, la faculté de demander au Tribunal mixte, par voie d'opposition, qu'il soit sursis à l'immatriculation jusqu'à ce qu'ils aient fait procéder au partage ou à la licitation devant les juridictions ordinaires. Il découle de cette disposition, et d'ailleurs il va de soi, car un même immeuble ne peut être assujéti à deux législations différentes, que l'immatriculation a lieu pour le tout (Tunis, 20 mars 1895, *R. A.*, 95, 2, 358) ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

59. — CAPACITÉ DE REQUÉRIR L'IMMATRICULATION. — La capacité requise pour demander l'immatriculation ne fait l'objet d'aucune disposition spéciale, si ce n'est dans l'art. 2 du décret du 16 mars 1892, qui prévoit que l'immatriculation, préalable à l'adjudication de biens de mineurs, pourra être demandée par les tuteurs ou subrogés tuteurs avec l'autorisation du conseil de famille. Doit-on considérer qu'étant donné le caractère judiciaire de l'instance en immatriculation, les incapables doivent être représentés ou assistés dans les formes qui, d'après leur statut personnel, sont exigées pour l'exercice d'une action immobilière ? Je ne le pense pas, malgré la disposition précitée du décret de 1892, et j'estime qu'il convient de limiter l'application de cette disposition au cas qui y est expressément prévu. La demande d'immatriculation ne dépasse pas la portée des actes d'administration ⁽³⁾, puisqu'en cas de rejet, les droits de l'incapable demeurent intacts. Un jugement du tribunal de Tunis, du 9 avril 1902, déclare d'ailleurs, dans ses motifs, que l'instance en immatriculation ne saurait être assimilée à une action pétitoire (*J. T.* 02, 270).

§ 2. — Publicité et bornage

60. — PUBLICATION DE LA RÉQUISITION. — Dans un délai de dix jours à partir du dépôt de la réquisition, le conservateur de la propriété

(1) Le co-propriétaire requérant est tenu d'indiquer le nom et l'état-civil de tous les indivisaires (*T. M.*, 22 mai 1897, *J. T.*, 97, 445).

(2) Qu'advierait-il si, après avoir obtenu qu'il soit sursis à l'immatriculation pour introduire une action en partage ou licitation, le co-propriétaire laissait les choses en l'état ? La loi n'a pas donné, expressément du moins, au Tribunal mixte, la faculté de passer outre, mais le requérant peut, dans ce cas, prendre les devants et poursuivre lui-même le partage.

(3) Comp. Madagascar, décret du 4 février 1911. D'après l'article 13, il suffit d'avoir la capacité nécessaire pour accomplir des actes d'administration.

foncière en publie un extrait dans les deux éditions, française et arabe, du *Journal officiel tunisien*, et il envoie un placard, extrait de l'*Officiel*, au juge de paix et au *caïd* de la circonscription où se trouve situé l'immeuble, ainsi qu'au chef du service topographique ⁽¹⁾. Le juge de paix affiche le placard en son auditoire et le *caïd* le fait publier dans les marchés (art. 25). Le conservateur est informé de l'exécution de ces mesures par l'accusé de réception qui lui est adressé.

61. — AVIS DE BORNAGE. — Le chef du service topographique, dans un délai de 45 jours à partir de l'insertion à l'*Officiel*, délègue un topographe pour procéder au bornage provisoire et porte à la connaissance du public, vingt jours à l'avance, la date à laquelle aura lieu cette opération (art. 26). Dans la pratique, un avis est publié à cet effet à l'*Officiel* ⁽²⁾. Le *cheikh* du territoire est avisé par la voie administrative et le requérant convoqué.

62. — CONCOURS DES AUTORITÉS INDIGÈNES. — Une circulaire du Premier Ministre aux *caïds*, du 24 août 1901, a précisé le rôle qui incombe aux autorités indigènes. Il est prescrit aux *caïds* de faire lire l'extrait de la réquisition par un crieur sur tous les marchés du *caïdat*, le jour de marché le plus rapproché et de publier, de la même manière, la date du bornage. Les *cheikhs* doivent avertir directement les propriétaires présumés des immeubles voisins, les inviter à assister au bornage, y être eux-mêmes présents et prêter leur concours au topographe, notamment en éclairant les intéressés sur la portée de l'opération et en secondant les efforts de conciliation de l'agent du service topographique.

63. — EXÉCUTION DU BORNAGE PROVISOIRE. — Le bornage consiste à déterminer matériellement l'immeuble dont l'immatriculation est demandée. Dans l'état primitif de la loi foncière, le bornage était confié au juge de paix, qui y procédait avec le concours d'un géomètre assermenté, mais l'expérience ayant démontré combien cette organisation, excellente en principe, était, en fait, peu pratique, l'assistance du magistrat a été supprimée en 1892. Le topographe opère

(1) Dans la pratique, le conservateur s'efforce d'obtenir du requérant la plus grande précision possible, mais la loi ne lui impose aucune obligation à cet égard. La réquisition est l'œuvre du demandeur et le conservateur ne peut prendre ailleurs que dans ce document les éléments de la publicité.

(2) Le défaut d'insertion de l'avis de bornage à l'une des éditions du *Journal officiel* ne vicierait pas la procédure (*T. M.*, 10 janvier 1900, *J. T.*, 00, 159).

seul, en présence du *cheikh*, du requérant et des opposants éventuels. D'après l'art. 41, le service topographique doit avoir reçu du magistrat du Tribunal mixte les renseignements nécessaires pour procéder au bornage et au besoin communication des titres de propriété. L'art. 26 dispose également que le topographe procède au bornage provisoire, sans s'arrêter aux protestations qui peuvent se produire et qui sont toujours consignées au procès-verbal et que les revendications qui se manifestent au cours des opérations sont bornées sur le terrain.

Ces règles, comme beaucoup d'autres dispositions de la loi foncière, manquent de précision et sont imparfaitement adaptées aux circonstances de fait. Le topographe n'a pas le moyen ni le pouvoir d'appliquer les titres et d'apprécier le bien fondé des prétentions émises, soit par le demandeur à l'immatriculation, soit par les tiers. Il peut seulement donner aux parties des explications et tenter de les concilier. D'autre part, le juge-rapporteur n'est généralement pas, au moment du bornage provisoire, en mesure de fixer les données de l'opération. Dans la pratique, le bornage s'effectue suivant les indications fournies sur les lieux par le requérant, qui sont presque toujours nécessaires pour compléter celles du dossier. De même, les parties de l'immeuble revendiquées sont bornées suivant les indications des revendiquants ⁽¹⁾. Le topographe dresse, soit un plan régulier, soit un croquis visuel du bornage, il y joint un extrait de la carte du service géographique de l'armée montrant l'emplacement de l'immeuble et établit un procès-verbal de ses opérations qui mentionne, dit l'art. 27, « les oppositions formulées par les tiers intervenant au cours de cette opération ». Les procès-verbaux de bornage ont ainsi une double utilité : d'une part, ils viennent à l'appui du croquis de bornage, ils décrivent l'immeuble, indiquent l'emplacement des bornes, les distances qui les séparent les unes des autres, la division en parcelles et les tenants et aboutissants; d'autre part, ils font connaître dans quelles conditions a été effectuée l'opération, quelles personnes y assistaient et relatent les incidents et oppositions.

§ 3. — Oppositions

64. — AVIS DE CLÔTURE DU BORNAGE. — La clôture du procès-verbal de bornage est publiée au *Journal officiel*. Les oppositions sont reçues

(1) En 7 années (mars 1892 à mars 1899) sur 3.882 bornages exécutés, 8 seulement ont été interrompus par une opposition violente (*Notice sur le service topographique*, 1900).

jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois à partir de l'insertion de cet avis. Elles peuvent, toutefois, être formées avant cette insertion et à partir de la publication à l'*Officiel* de la réquisition d'immatriculation (art. 27). Le délai est donc d'au moins deux mois, mais il est, en fait, beaucoup plus étendu et varie suivant la durée plus ou moins longue des opérations de bornage.

65. — FORME DES OPPOSITIONS. — Les oppositions ne sont assujetties à aucune forme déterminée; elles peuvent être formulées par simple lettre missive ou verbalement, devant une des autorités qualifiées pour les recevoir, qui en dressent, dans ce cas, procès-verbal.

66. — AUTORITÉS QUALIFIÉES POUR RECEVOIR LES OPPOSITIONS. — Aux termes de l'art. 27, ont qualité pour enregistrer les oppositions : le conservateur de la propriété foncière, le juge de paix et le *caïd* du lieu de la situation de l'immeuble. Elles sont mentionnées à leur date sur un registre spécial.

Cette disposition de l'art. 27 doit, toutefois, se concilier avec celles contenues dans l'article précédent et dans le premier alinéa du même art. 25, relatives aux oppositions formulées au cours du bornage devant le topographe. Une jurisprudence constante du Tribunal mixte déclare régulières ces oppositions, pourvu qu'elles aient été présentées au moment du bornage et consignées au procès-verbal. Comme le dit une décision du 28 février 1898 (*J. T.*, 98, 188), l'interprétation contraire enlèverait à l'opération du bornage provisoire une de ses utilités, qui est de permettre aux tiers de formuler leurs revendications sur le terrain en présence de l'immatriculant, et de les faire apparaître avec netteté par la délimitation qui en est faite aussitôt.

En dehors des opérations de bornage, toutes oppositions faites entre les mains d'une autre autorité que le conservateur, le juge de paix ou le *caïd*, doivent être tenues pour non avenues ⁽¹⁾. Sont notamment irrégulières, celles qui sont adressées directement au Tribunal mixte, le greffier n'ayant pas été désigné à cet effet et n'étant pas pourvu du registre *ad hoc* sur lequel elles doivent être mentionnées pour acquérir date certaine ⁽²⁾.

(1) *T. M.*, 27 juin 1888 et note (*J. T.*, 97, 521).

(2) C'est un point sur lequel la législation pourrait être utilement modifiée. Il est logique, le Tribunal mixte étant chargé de juger les oppositions, que le greffier ait qualité pour les recevoir. Les justiciables sont excusables de s'y tromper. En fait, un certain nombre d'oppositions parviennent au conservateur par la voie du greffe, mais elles ne prennent date que du jour de leur arrivée à la conservation.

A l'expiration du délai d'opposition, le juge de paix et le *caïd* adressent au conservateur :

1° Les certificats d'affichage et de publication de la demande d'immatriculation;

2° Les oppositions qui leur sont parvenues accompagnées d'un relevé certifié exact ou, à défaut, un certificat négatif.

§ 4. — Instruction par le juge-rapporteur

67. — ETABLISSEMENT DU PLAN. — Parallèlement, le chef du service topographique a fait établir, vérifier, rattacher aux plans de triangulation le plan de l'immeuble qui est ensuite remis au conservateur ⁽¹⁾.

68. — TRANSMISSION DU DOSSIER. — Le Tribunal mixte a été saisi de la demande d'immatriculation dès le début de la procédure. A cet effet, le conservateur a transmis au greffe l'original de la réquisition et les pièces à l'appui, en même temps qu'il envoyait au juge de paix et au *caïd* les placards extraits de l'*Officiel* aux fins de publication. Le président a désigné immédiatement un juge-rapporteur (art. 31).

Lorsqu'ultérieurement le conservateur a centralisé les documents relatifs à la publicité et au bornage, il y joint les oppositions qu'il a reçues ⁽²⁾ et adresse au greffier le complément du dossier (art. 33).

69. — ATTRIBUTIONS DU JUGE-RAPPORTEUR. — Il appartient alors au juge-rapporteur de mettre l'affaire en état d'être examinée par le tribunal. Le rôle du magistrat rapporteur consiste, d'une part, à rechercher si l'immatriculation n'est pas susceptible de léser les droits d'incapables ou de personnes non présentes en Tunisie, d'autre part, à instruire les oppositions qui ont été formulées.

(1) « Les contenances du plan sont calculées par le géomètre... le plan remis par le géomètre est soumis au vérificateur qui doit contrôler la position de 1/5^e des points de la triangulation et de 1/10^e des points de détail et refaire complètement le calcul des contenances. Il est ensuite tiré des reproductions photographiques (*Notice sur le service topographique*, 1900).

(2) En pratique et pour faciliter l'instruction, le conservateur transmet les oppositions au fur et à mesure qu'elles lui parviennent.

70. — PROTECTION DES INCAPABLES ET NON PRÉSENTS. — La protection des incapables et des non présents fait l'objet des art. 31 et 32 ⁽¹⁾.

Aux termes de ces dispositions : 1° les parents ou amis, le procureur de la République, les juges de paix et les *cadis* peuvent, comme les tuteurs et représentants légaux, former opposition dans les délais impartis au nom des incapables et des non-présents; 2° sur la demande du juge-rapporteur, le président a la faculté d'accorder, par ordonnance motivée, une prorogation de délai pour permettre de faire opposition en leur nom; 3° le juge-rapporteur procède à toutes vérifications et enquêtes nécessaires en vue de rechercher les droits d'incapables ou non-présents qui n'auraient pas été révélés et dispose, dans ce but, de pouvoirs discrétionnaires.

La demande de prorogation de délai devant être formée avant que le délai ne soit clos (art. 30) ⁽²⁾, il est permis de se demander si la disposition qui la prévoit offre un intérêt réel. La protection que la loi a voulu accorder aux tiers hors d'état d'agir eux-mêmes et pour qui nul ne se présente, résulte donc surtout de la mission générale d'enquête du rapporteur. C'est l'étude attentive des titres produits par le requérant et, si l'origine de propriété, la consistance, les limites ou les charges de l'immeuble sont obscures ou soulèvent des doutes, l'examen de la possession, les investigations diverses du magistrat qui, selon le vœu de la loi, doivent permettre au tribunal de se prononcer en sécurité. Malheureusement, si la loi donne au juge-rapporteur les pouvoirs les plus larges, elle ne lui procure pas toujours la possibilité de les exercer. Le juge n'a aucun moyen de contraindre les parties à répondre à ses demandes de renseignements ou de documents. Il ne peut, d'autre part, engager de sa propre autorité aucune mesure d'enquête susceptible d'entraîner des frais à la charge

(1) Le rapporteur de la sous-commission donne sur les intentions des rédacteurs de la loi de 1885 les éclaircissements suivants « Plusieurs propositions ont été soumises à la sous-commission pour assurer la défense des droits des incapables et des non présents... La législation de l'*Act Torrens* a placé à côté du régistrateur général des commissaires chargés de l'examen de tous les titres. Il nous a paru inutile de créer de semblables fonctionnaires puisque les enquêtes et la publicité donnée à toute la procédure d'immatriculation sont parfaitement suffisantes pour mettre en demeure les présents capables de veiller eux-mêmes à la sauvegarde de leurs droits. Nous avons donc estimé qu'il suffisait d'assurer la défense des non présents et des incapables en confiant ce soin aux magistrats du Tribunal mixte... l'article 31 décide, en outre, que ce droit de protection pourra toujours être exercé par les tuteurs, représentants légaux, parents ou amis des incapables et par le procureur de la République, les juges de paix et les *cadis*... Il nous a semblé qu'en entourant de toutes ces précautions la sauvegarde de ces droits si respectables, nous apportions à l'*Act Torrens* un perfectionnement nouveau qui ne pourrait manquer de donner en Tunisie, et surtout vis-à-vis des indigènes, les meilleurs résultats ». (Rapport Pontois, *R. A.*, 85, 1, 131).

(2) Décision en sens contraire, *T. M.*, 13 fév. 1897 (*R. A.*, 99, 2, 214; *J. T.*, 99, 101).

du requérant et il est obligé de renvoyer l'affaire au tribunal pour faire ordonner les mesures préparatoires qui lui paraissent nécessaires.

71. — MISE EN DEMEURE DES OPPOSANTS. — L'instruction des oppositions est régie par l'art 41 ⁽¹⁾. Le juge-rapporteur met les opposants en demeure de lui faire parvenir « leur requête introductive d'instance ». La loi qualifie ainsi, assez improprement d'ailleurs, le mémoire où doivent être énoncés et développés les moyens de l'opposant.

La mise en demeure est une notification dans la forme administrative, transmise par l'intermédiaire des contrôleurs civils, des présidents des municipalités et des *caïds*, qui retirent un récépissé. L'opposant a, pour y déférer, un délai de quinze jours augmenté des délais de distance, suivant les règles en vigueur en Tunisie devant la juridiction française. La requête introductive d'instance doit parvenir au greffe avant l'expiration du délai, sans qu'il y ait à considérer la date à laquelle elle a été établie ou même envoyée (*T. M.*, 27 juin 1925, *R. A.*, 26, 2, 61). Le délai court non de la date donnée à la notification par le magistrat, mais du jour de la réception par le destinataire (*T. M.*, 28 février 1898, *J. T.*, 98, 188) ou plutôt du lendemain, le *dies a quo* ne devant pas être compté (même décision). S'il y a eu plusieurs notifications faites à divers opposants à des dates différentes, le délai ne court que de la dernière notification, d'après une décision du 15 avril 1889 (*R. A.*, 89, 2, 282). Ce jugement s'est basé sur une jurisprudence analogue en matière de distribution par contribution; les forclusions ne sont établies qu'en vue d'empêcher que la procédure ne soit retardée par la négligence des opposants; lorsque les sommations ont des dates différentes, la procédure étant forcément arrêtée jusqu'à l'expiration du délai accordé au dernier sommé, il est raisonnable d'admettre tous les opposants à profiter de ce délai.

La requête introductive d'instance doit contenir une élection de domicile à Tunis ⁽²⁾ et être appuyée des pièces justificatives. Les titres

(1) Cet article 41 a 10 alinéas renfermant des dispositions fort diverses. L'art. 42 a autant d'aliénas et contient des dispositions plus disparates encore. Toutes les règles de la procédure de l'immatriculation sont ainsi énoncées pêle-mêle, sans qu'on puisse apercevoir la moindre trace d'un plan.

(2) Il faut ajouter : ou à Sousse, le Tribunal mixte tenant actuellement des audiences foraines à Sousse. On ne voit pas d'ailleurs pourquoi l'opposant est obligé de faire élection de domicile au siège même du Tribunal, alors qu'il suffit au requérant d'être domicilié en Tunisie.

produits par l'opposant doivent être traduits comme il a été dit pour ceux que le requérant dépose à l'appui de la demande ⁽¹⁾.

72. — FORCLUSION DES OPPOSANTS. — La loi édicte une sanction grave contre l'opposant qui n'a pas fait connaître ses moyens dans le délai imparti; l'art. 41 dispose, en effet : « Si, dans ce délai, la requête introductive d'instance n'est pas produite, le tribunal déclare la réclamation déchuë ». Bien que les rapports Cambon et Pontois ne contiennent rien qui nous renseigne sur les motifs de cette déchéance, il apparaît que la forclusion est, dans l'intention du législateur, une protection accordée à l'immatriculant contre des oppositions téméraires ou vexatoires. Le droit d'opposition est ouvert à tous, il peut être exercé de la manière la plus simple, par lettre ou par déclaration orale, sans aucun frais. Cela est nécessaire pour que toutes les prétentions légitimes puissent se faire jour. Mais la loi ne veut pas que des réclamations, qui ont été formulées d'une manière vague, par esprit de chicane ou dans un but de chantage, entravent l'immatriculation en retardant indéfiniment le cours de la procédure. Elle impartit donc un court délai aux opposants pour exposer leurs prétentions ⁽²⁾ et les appuyer de justifications, et présumant mal fondées les oppositions dont leurs auteurs paraissent se désintéresser ou cherchent à gagner du temps, elle les frappe de déchéance ⁽³⁾.

On verra plus loin que dans la pratique la sanction légale ne conserve pas toute sa portée par suite de la jurisprudence sur l'étendue des pouvoirs d'appréciation du Tribunal mixte.

73. — RAPPORT DU JUGE. — Les mémoires des opposants ayant été déposés, le juge-rapporteur invite le requérant, toujours par notification administrative, à en prendre connaissance au greffe et à y répondre par écrit. Il impartit à cette fin un délai au requérant, mais

(1) Jugé que l'opposant n'échapperait pas à la forclusion s'il présentait sa requête sans l'appuyer de pièces justificatives (*T. M.*, 24 déc. 1904, *J. T.*, 05, 219), que toutefois on ne saurait faire grief à l'opposant de n'avoir pas fait les productions requises s'il n'a pu obtenir communication au greffe des documents invoqués par le requérant (*T. M.*, 23 fév. 98, *J. T.*, 98, 188). Les requêtes sont acceptées sans pièces lorsque l'opposant se borne à invoquer la possession ou demande que soit vérifié l'état des lieux. Les titres ne donnent pour ainsi dire jamais de renseignements sur certains faits, notamment la mitoyenneté ou la non mitoyenneté des murs.

(2) En fait dès que l'opposition parvient au Tribunal mixte, un premier avis est adressé à l'opposant l'invitant à déposer requête et pièces et l'avertissant qu'il recevra une sommation qui lui impartira un court délai non susceptible de prorogation.

(3) Comp. Madagascar, D. 4 février 1911, art. 95. Maroc, D. 12 août 1913, art. 25, modifié par D. 2 mai 1917 et art. 33.

l'inobservation de ce délai ne saurait entraîner aucune déchéance. Le juge-rapporteur a seulement la faculté de passer outre, en cas de silence du requérant, et de renvoyer l'affaire à l'audience.

Lorsqu'après instruction de l'affaire le juge renvoie le dossier au tribunal, il établit un rapport. La loi ne contient aucune disposition au sujet de ce document, mais on doit admettre qu'il appartient au juge d'exposer l'objet de la réquisition et les contestations qui se sont produites, d'analyser les titres, d'apprécier la régularité de la publicité et du bornage, de faire connaître le résultat de ses investigations et d'émettre un avis.

SECTION II

EXAMEN DE LA DEMANDE PAR LE TRIBUNAL MIXTE

§ 1. — Procédure devant le Tribunal et pouvoirs d'appréciation

74. — PROCÉDURE. — En ce qui concerne la procédure, la loi foncière s'est inspirée de celle en usage devant les conseils de préfecture. « Après le rapport qui est fait sur chaque affaire par le juge commis, les parties, si elles en ont fait la demande par écrit, peuvent présenter, soit en personne, soit par mandataire, leurs observations verbales sur les points seulement qui auront été développés dans les requêtes ou mémoires » (art. 41, 5^e alinéa) ⁽¹⁾. Les avocats, les avocats-défenseurs et les personnes admises à représenter les parties devant la juridiction indigène de l'*Ouzara* (*oukils*) peuvent seuls être choisis comme mandataires; les parties sont averties huit jours à l'avance de la date de l'audience.

Les notifications à faire aux parties sont transmises par l'intermédiaire des contrôleurs civils, des présidents des municipalités ou des *caïds*. Celles que les parties se font entre elles sont remises au greffier qui les transmet également par la voie administrative ⁽²⁾. Les

(1) Rapprocher ce texte de celui de la loi française du 21 juin 1865, art. 9. La procédure devant les conseils de préfecture a d'ailleurs reçu, depuis, une réglementation plus étendue par la loi du 22 juillet 1889.

(2) Le régime de transmission par la voie administrative a le double inconvénient d'être peu rapide et de distraire de leurs occupations normales les agents de l'administration. Sauf peut-être pour les indigènes de certains *douars*, il semble qu'aujourd'hui il y aurait intérêt à faire les notifications par la poste.

minutes des notifications et les récépissés retirés des destinataires sont joints au dossier. (Même article 41, 6^e, 7^e, 8^e et 10^e alinéas).

75. — MESURES PRÉPARATOIRES. — Il résulte implicitement de l'art. 43 que le Tribunal mixte est autorisé à recourir à des enquêtes, des expertises et des descentes sur les lieux. Les frais de ces opérations doivent être préalablement consignés par le requérant. Si le requérant ne consigne pas les frais, le tribunal n'a pas le moyen de passer outre et la sanction de cette négligence est le rejet pur et simple de l'immatriculation (*T. M.*, 8 février 1900, réquisition n° 752).

Dans la pratique actuelle, le Tribunal mixte ne fait pas usage de l'expertise, mais délègue fréquemment un juge pour se transporter sur les lieux. La loi foncière n'a fixé aucune forme de procédure pour les enquêtes et visites des lieux. Le tribunal a donc la liberté d'agir au mieux des intérêts en cause, sans être tenu d'observer les règles du code de procédure civile. Il doit cependant, dît un jugement du 3 juin 1903 (*J. T.*, 03, 345) « faire des principes de raison écrite qui y sont recueillis, la base de sa pratique judiciaire ». Notamment, il a le devoir de se conformer aux formalités essentielles destinées à assurer les droits de la défense et la loyauté du débat : il faut, aux termes de la même décision, que l'objet de l'enquête ou de la descente sur les lieux soit parfaitement déterminé, que l'opération ait lieu en présence des parties qu'elle intéresse ou celles-ci appelées, qu'elle se poursuive et se termine dans des conditions telles qu'elle forme un tout et ne puisse plus être réouverte après avoir été régulièrement close. Dans la pratique suivie, le Tribunal mixte recueille aussi des éléments d'appréciation auprès des autorités administratives : direction des services judiciaires, contrôleurs civils, *caïds*, ou dans les archives de la conservation de la propriété foncière. Mais il n'a pas reçu de la loi le pouvoir d'ordonner la mise en cause des tiers, par exemple de précédents propriétaires, de co-héritiers, créanciers, anciens tuteurs des parties. Celles-ci n'ont, en cas de refus des tiers de fournir les renseignements ou documents utiles à l'instruction de l'affaire, d'autre moyen de contrainte que l'action ordinaire en dommages-intérêts, si ce refus constitue une faute dommageable ⁽¹⁾.

Enfin, le serment décisoire, ni le serment supplétoire, ne peut être déféré, aucune disposition n'ayant prévu ce mode de preuve.

(1) Sauf le cas de l'art. 23, § 6, (*supra*, n° 55) où l'action en dommages-intérêts est ouverte sans qu'il soit nécessaire d'établir la faute

Le Tribunal mixte n'a pas davantage le pouvoir de condamner aux dépens l'opposant qui succombe. Le requérant qui a été obligé d'avancer les frais des mesures d'instance provoquées par des oppositions reconnues, dans la suite, mal fondées, doit engager une action en dommages-intérêts devant la juridiction de droit commun, s'il veut être indemnisé de ses dépenses. C'est par la même voie qu'il peut obtenir réparation du préjudice que lui ont causé des oppositions téméraires ou faites de mauvaise foi. (Application, Tunis, 10 janvier 1906, *J. T.*, 06, 228).

76. — POUVOIRS D'APPRÉCIATION DU TRIBUNAL MIXTE. — L'étendue des pouvoirs d'appréciation du Tribunal mixte a été l'objet, pendant longtemps, des plus vives discussions. Deux thèses étaient en présence.

77. — THÈSE RESTRICTIVE. — Pour certains, le législateur a clairement tracé le rôle du Tribunal mixte. Il a pour mission de garantir les droits des incapables et non-présents et de statuer sur les oppositions régulièrement formées et suivies. Il doit, après le juge-rapporteur, s'assurer que la procédure a été conforme à la loi et notamment que la publicité a permis aux tiers d'identifier l'immeuble. Cette vérification faite, s'il ne s'est pas produit d'opposition dans les délais ou si les opposants sont déchus en vertu de l'art. 41, 3^e alinéa, si, d'autre part, l'instruction du juge-rapporteur n'a pas révélé que des droits d'incapables ou de non-présents seraient lésés par l'immatriculation, le Tribunal mixte n'a pas à exiger la preuve positive de la propriété en la personne du requérant. Il ne peut se refuser à consacrer un droit qui, ayant été mis à l'épreuve prévue par la loi, n'a été contesté par personne et n'est pas apparu comme attentatoire aux intérêts d'incapables ou de non-présents.

Pour les partisans de cette théorie, la loi a considéré comme définitivement forcloses les personnes présentes et capables qui, averties par la publicité et le bornage, n'ont pas fait opposition ou celles qui n'ont pas justifié leur opposition dans les délais impartis. L'art. 41 renferme, pour le deuxième cas, une disposition impérative : « Si, dans ce délai (quinze jours), la requête introductive d'instance (de l'opposant) n'est pas produite, le tribunal déclare la réclamation déchuë ». A plus forte raison sont déchus ceux qui n'ont pas fait d'opposition ou qui en font une tardivement. Le rapport Cambon montre que cette déduction n'est point téméraire : « Ces diverses mesures (la

publicité et le bornage) sont destinées à mettre les personnes capables et majeures en demeure de faire valoir leurs revendications et de veiller à la défense de leurs droits. Mais il fallait assurer aussi la protection des droits des incapables et des absents. Cette mission incombe particulièrement aux magistrats d'une juridiction spécialement créée par la loi nouvelle, le Tribunal mixte » ⁽¹⁾.

78. — JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL MIXTE. — Les magistrats du Tribunal mixte ont, au contraire, toujours pensé qu'ils avaient le devoir de ne donner à la propriété la sanction définitive de l'immatriculation que si le droit du requérant est suffisamment justifié.

Dès le 17 février 1890, le Tribunal mixte a affirmé qu'il devait rechercher, même en l'absence de toute contestation, « si les droits prétendus par le requérant lui appartiennent réellement » (*R. A.*, 90, 2, 176 et *J. T.*, 90, 87). L'obligation de contrôler, même d'office, le fondement de la réquisition, découle des principes généraux : il appartient au demandeur de prouver son droit, les tribunaux constatent, mais ne créent pas le droit. Elle existe dans toutes les législations basées sur le système des livres fonciers, notamment dans l'*Act Torrens*. En Tunisie, où les origines de la propriété sont obscures et la population indigène généralement inexpérimentée, des pouvoirs étendus d'appréciation sont plus nécessaires encore qu'en Australie à l'autorité chargée d'immatriculer. Rien n'autorise à penser que la loi tunisienne ait entendu limiter les pouvoirs du Tribunal mixte. L'art. 53 impose au requérant de déposer, dès le début de la procédure et avant toute opposition, les titres de propriété, et tous documents propres à justifier la demande. Donc, le requérant a la charge de la preuve dans tous les cas. Comment, d'ailleurs, le tribunal acquerrait-il la certitude que l'immatriculation ne saurait léser des incapables et des non-présents, s'il n'exigeait pas de l'immatriculant qu'il justifiât ses prétentions ?

Le Tribunal mixte déclare qu'il a, en réalité, reçu de la loi des pouvoirs discrétionnaires et, allant jusqu'au bout de cette théorie, qu'il doit examiner tous les éléments d'appréciation qui se présentent à lui, même ceux versés au dossier par des opposants forclos (*T. M.*,

(1) Voir dans le même sens rapport Pontois, *supra*, n° 70, note.

18 juin 1904, *J. T.*, 04, 529 et 644; 28 décembre 1914, *R. A.*, 16, 2, 98 et note)⁽¹⁾.

79. — PORTÉE DES FORCLUSIONS. — Cela ne veut pas dire que les forclusions légales n'aient plus aucune portée. Elles ont pour effet de purger l'immeuble des droits réels non dénoncés à la réquisition : hypothèques, servitudes, etc. Le Tribunal mixte se reconnaît un pouvoir discrétionnaire pour vérifier si le requérant est le véritable propriétaire, mais, cette vérification faite, il ne peut qu'ordonner l'immatriculation, sans tenir compte des droits réels qui n'ont pas été conservés par une opposition régulière (*T. M.*, 30 décembre 1915 et note, *R. A.*, 16, 2, 98; *T. M.*, 26 octobre 1922 et note, *R. A.*, 22, 2, 198). Les tiers qui auraient eu intérêt à intervenir pour demander à leur profit une inscription sur l'immeuble sont donc frappés rigoureusement⁽²⁾. Quant à ceux qui contestent le droit de propriété du requérant, la déchéance a pour conséquence de les rendre irrecevables à prendre part aux débats et à agir dans la procédure. Si le tribunal rejette la demande d'immatriculation, ce n'est pas à cause de leur opposition, c'est en raison du défaut de droit du requérant.

80. — SOLUTION DE LA CONTROVERSE. — On voit combien les points de vue étaient différents sur cette question essentielle. Mais la divergence des opinions paraît s'être beaucoup atténuée aujourd'hui. On est arrivé à penser qu'il n'y a point, en présence d'un texte aussi incomplet et dont les intentions sont incertaines, lieu de rechercher une vérité abstraite, exclusivement basée sur les dispositions de la loi, mais qu'il convient de se tenir dans une opinion moyenne en écartant

(1) A Madagascar, où le texte était identique jusqu'en 1911, la jurisprudence était dans le même sens. Un arrêt de la Cour de Tananarive du 17 octobre 1903, rapporté par M. Lota (*op. cit.*, n° 284), s'exprime ainsi : « Une opposition qui n'est pas faite dans les délais impartis à cet effet doit être rejetée. Mais le retard d'un opposant à revendiquer ses droits n'a pas pour effet de les anéantir, il appartient aux tribunaux d'apprécier les titres produits par le requérant et de n'admettre sa demande que si elle leur paraît justifiée ».

(2) Toutefois, ainsi que l'expliquent les notes précitées (*R. A.*, 16, 2, 98 et 22, 2, 198) le Tribunal mixte prononce parfois le rejet de demandes d'immatriculation pour défaut de dénonciation des droits réels. S'il est démontré que l'omission des charges grevant l'immeuble a été voulue, la réquisition est en effet irrégulière comme établie en violation de l'art. 23. Voir également une décision du 15 janvier 1906, ordonnant l'inscription d'une hypothèque pour prendre rang du jour où elle a été dénoncée au greffe. La mesure ordonnée par le Tribunal mixte se justifiait en fait parce que dans l'espèce le requérant se joignait au créancier forclos pour demander l'inscription et qu'il se formait ainsi devant le Tribunal un nouveau contrat qui faisait revivre l'hypothèque purgée. Mais le commentaire qui accompagne ce jugement dans les recueils paraît méconnaître les conséquences de la purge qui résulte de l'expiration des délais d'opposition (*J. T.*, 06, 411 et *R. A.*, 11, 2, 389, note).

les exagérations périlleuses des deux systèmes. Il n'apparaît pas que la volonté du législateur ait été de consacrer par l'immatriculation les prétentions du requérant pour le seul motif que la publicité et le bornage n'ont pas fait surgir d'opposition et que l'instruction n'a pas établi de droits contraires au profit de mineurs ou de non-présents. Le Tribunal mixte a mission d'apprécier, dans tous les cas, le mérite de la demande. Il doit se montrer d'autant plus prudent que sa décision est sans recours, que l'immatriculation purge définitivement les droits des tiers qui ne se sont pas fait connaître, et qu'enfin notre procédure est mal connue d'une grande partie de la population. La jurisprudence du Tribunal mixte est fondée sur des principes supérieurs de droit et d'équité et elle n'est formellement contredite par aucune disposition de la loi foncière.

Par contre, les rigueurs formalistes n'ont pas été dans les vues du législateur. La réforme de 1885 a envisagé surtout une œuvre économique, l'assainissement de la propriété, la libération de la terre. Le Tribunal mixte est le liquidateur du passé, il répond au vœu de la loi et justifie sa création s'il est guidé par le souci d'aboutir. Dans des cas où le droit du requérant est en fait le moins douteux, la preuve positive de son droit n'existe pas toujours. Il serait vain de l'exiger. Il serait vain de vouloir établir la régularité parfaite des mutations anciennes de l'immeuble, à une époque et dans un milieu où l'irrégularité était chose courante et pour ainsi dire normale. D'excessives sévérités n'auraient pas d'autre résultat que d'éloigner les propriétaires de la procédure de purge instituée en 1885 et, partant, de paralyser une œuvre d'intérêt général ⁽¹⁾. Dans un pays où la plupart des titres sont critiquables à quelque égard, ou tout au moins obscurs, la possession est l'élément essentiel sur lequel on peut baser l'immatriculation. Il est conforme à l'esprit de la loi et à sa lettre d'accorder l'immatriculation au requérant de bonne foi qui exerce la possession *animo domini*, si la demande n'a pas fait surgir d'opposition et si les investigations du juge-rapporteur et du tribunal n'ont pas fait apparaître des droits non prescrits au profit d'incapables ou de non-présents. La pratique actuelle du Tribunal mixte est dans ce sens et les polémiques d'autrefois ont cessé.

(1) Certaines décisions s'étaient exprimées dans une forme telle qu'on pouvait se demander si le Tribunal mixte entendait se poser en adversaire de l'immatriculation : « Le droit de se faire délivrer un titre d'immatriculation est exorbitant; il constitue un danger pour les droits les mieux établis » (29 oct. 1904, *J. T.*, 05, 89).

§ 2. — Conflits de compétence

81. — ART. 35 ET 36. — Le Tribunal mixte est venu se superposer à deux ordres de juridiction préexistants : la juridiction musulmane du *Charaa* et la juridiction française instituée par la loi du 27 mars 1883. Les art. 35 et 36 de la loi foncière ont tenté de régler, en ce qui concerne l'immatriculation, les conflits de compétence qui pourraient naître de cette organisation compliquée.

82. — LITISPENDANCE. — « Les contestations actuellement pendantes, dit l'art. 35, § 1, resteront soumises aux tribunaux qui en sont saisis et l'immatriculation sera suspendue jusqu'à décision de ces tribunaux ». Ce premier alinéa n'est qu'une disposition transitoire de peu d'intérêt aujourd'hui : par les mots « actuellement pendantes » le législateur a visé clairement les litiges pendants devant le *Charaa* à l'époque de la promulgation de la loi (*T. M.*, 10 juin 1903, *J. T.*, 03, 464; *T. M.*, 23 avril 1904, *J. T.*, 04, 495). Un jugement du 3 février 1925 (*R. A.*, 25, 2, 153 et note de M. Rectenwald) pourrait donner à croire que le Tribunal mixte est revenu sur sa jurisprudence antérieure et qu'il entend, par « contestations actuellement pendantes », les contestations soumises aux tribunaux de droit commun au moment de la demande d'immatriculation ⁽¹⁾. Cette interprétation forcerait le sens du texte. Mais le tribunal n'a nullement dit qu'il considérerait le procès pendant, dans l'espèce, devant le *Charaa*, au jour du dépôt de la réquisition, comme remplissant la condition de l'art. 36, alinéa 1. Il a, en réalité, fait application du principe d'après lequel une juridiction saisie d'un litige dont elle a compétence pour connaître, ne peut être dessaisie au profit d'une autre juridiction également compétente. Le Tribunal mixte a, en effet, toujours admis que, sauf le cas de l'art. 35, alinéa 2, dont il sera question ci-après, il ne pouvait pas connaître d'une affaire déjà soumise aux tribunaux de droit commun : il devait surseoir à statuer, d'après l'art. 35, dans le cas d'une instance devant le *Charaa* antérieur à la loi foncière, il doit rejeter la réquisition si le tribunal de droit commun a été saisi depuis la loi foncière en vertu des règles de la litispendance et de la connexité auxquelles il n'est dérogé que dans la mesure déterminée par l'art. 35. En fait, toutefois, le Tribunal mixte n'a pas, dans tous les cas, rejeté *de plano* la réquisition : lorsqu'une décision prochaine de

(1) V. également note de M. E. H. Labbe sous arrêt d'Alger du 23 octobre 1912, (*R. A.*, 13, 2, 177).

la juridiction de droit commun peut permettre de suivre sur la demande d'immatriculation, il a cru plus utile d'attendre que cette décision ait été rendue.

L'exception de litispendance n'est admissible que si l'instance devant le tribunal de droit commun et celle devant le Tribunal mixte sont engagées entre les mêmes parties. Le demandeur qui a saisi la juridiction ordinaire ne peut pas se raviser et dessaisir cette juridiction en déposant une réquisition d'immatriculation, ou alors il lui faut justifier que l'instance ordinaire est close par une décision définitive, par un désistement régulièrement accepté ou par la péremption (*T. M.*, 4 mai 1904, *J. T.*, 04, 527; *T. M.*, 13 juin 1904, *J. T.*, 04, 598). Quant au défendeur devant le tribunal de droit commun, l'application de l'exception de litispendance est limitée, en ce qui le concerne, par le 2^e alinéa de l'art. 35, que nous examinerons ci-après.

83. — CONNEXITÉ. — Plus délicate est l'exception de connexité qui ne suppose pas des affaires liées entre les mêmes parties. La connexité est une question de fait que l'on doit résoudre par analogie avec les décisions de la jurisprudence française en la matière. A mon avis, de ce que la décision d'immatriculation opérant *erga omnes* francherait indirectement un litige existant entre des tiers devant la juridiction ordinaire, il ne résulte pas nécessairement que l'instance en immatriculation n'est pas susceptible de suivre son cours. Il appartient à ces tiers, avertis par la publicité, de faire valoir devant le Tribunal mixte leurs prétentions sur l'immeuble à l'encontre du requérant, mais ils ne sauraient dénier à une personne qui se présente comme étant le véritable propriétaire le droit de demander l'immatriculation sous le prétexte qu'ils sont eux-mêmes en procès à propos du même immeuble. Ce serait aller à l'encontre de l'esprit de la réforme foncière que de fermer la porte du Tribunal mixte à toute propriété pour laquelle un procès, parfois interminable, est pendant devant le *Charaa*.

84. — DESSAISISSEMENT DE LA JURIDICTION ORDINAIRE. — Le vœu du législateur a été de voir, le plus souvent possible, les procès immobiliers prendre fin par l'immatriculation. Il se manifeste dans la seconde disposition de l'art. 35, permettant à « toute personne citée » de dessaisir le tribunal compétent en formant une demande d'immatriculation. Trois conditions sont requises par le texte : 1^o être cité,

par conséquent défendeur⁽¹⁾; 2° requérir l'immatriculation avant toute défense au fond devant la juridiction ordinaire⁽²⁾; 3° suivre sur la demande d'immatriculation.

85. — FACULTÉ POUR LES OPPOSANTS EUROPÉENS DE DÉCLINER LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL MIXTE. — L'art. 36 permet à tout justiciable des tribunaux français, opposant à une demande d'immatriculation, de porter son opposition devant le tribunal français, auquel cas le Tribunal mixte surseoirait à statuer. En matière contentieuse, la juridiction du Tribunal mixte est ainsi purement facultative pour les européens.

Cette disposition a une explication historique. Il faut se rappeler que le Tribunal mixte est un tribunal tunisien et chercher l'explication de l'art. 36 dans l'organisation antérieure et dans les traités internationaux. La Tunisie était un pays de capitulations, la France a remplacé la juridiction de son consul par des tribunaux ordinaires et les puissances n'ont renoncé aux capitulations qu'en faveur des tribunaux français. Les européens ne jouissaient pas, il est vrai, du privilège de juridiction en matière immobilière, mais les jugements du *Charaa*, portant condamnation à leur encontre, ne pouvaient être exécutés qu'après *exequatur* par le consul. Les consuls, saisis d'une demande d'*exequatur* se reconnaissaient le droit de réviser au fond la décision des tribunaux tunisiens. La compétence immobilière du *Charaa* n'était même plus absolue : à partir du traité anglo-tunisien de 1863, le consul eut à connaître des contestations relatives aux immeubles qui n'intéressaient que des européens, les nationaux français jouirent de la même prérogative que les britanniques en vertu du traité de 1824, qui stipulait, au profit de la France, le traitement de la nation la plus favorisée. En 1885, on tint compte seulement de cette dernière particularité. L'art. 36 disait « dans le cas où une opposition à une immatriculation, requise par un justiciable des tribunaux français, serait formée par un justiciable de ces mêmes tribunaux, il sera loisible à ce dernier de la porter devant la juridiction française... » Dans cet état du texte, lorsque l'immatriculation était requise par un tunisien, l'opposant européen ne pouvait décliner la compétence du Tribunal mixte, pas plus qu'il n'aurait pu décliner celle du *Charaa*. Mais le législateur ne s'était pas posé la question de

(1) *T. M.*, 4 mai 1904 (*J. T.*, 04, 527) 13 juin 1904 (*J. T.*, 04, 598) 29 octobre 1904 (*J. T.*, 05, 87).

(2) Tunis, 15 janvier 1894 (*J. T.*, 94, 134) 7 mai 1894 (*J. T.*, 94, 174) *T. M.*, 23 avril 1904 (*J. T.*, 04, 495) 29 octobre 1904 (*J. T.*, 05, 59) 14 novembre 1904 (*J. T.*, 05, 118).

l'exequatur. Les jugements du Tribunal mixte seraient-ils, comme ceux du *Charaa*, soumis à *l'exequatur* du Tribunal français et celui-ci aurait-il le droit de les reviser au fond ? L'affirmative fut soutenue ardemment en 1887 et 1888. Si elle avait été admise, mieux eût valu supprimer le Tribunal mixte et charger le tribunal français de statuer directement sur les immatriculations. Le Gouvernement français fut saisi de propositions dans ce sens, mais il s'arrêta à une autre solution qui laissait subsister le Tribunal mixte et évitait ainsi une refonte étendue de la loi foncière. Cette solution consista, d'une part, à consacrer, par le décret présidentiel du 17 juillet 1888, l'autorité des décisions du Tribunal mixte à l'égard de la juridiction française ⁽¹⁾, d'autre part, à provoquer une modification de l'art. 36, qui étend à toutes les instances en immatriculation la faculté, pour l'opposant européen, de faire juger ses prétentions par le tribunal français. Le décret beylical du 6 novembre 1888 a modifié ainsi l'art 36 : « Dans le cas où une opposition à une immatriculation serait formée par un justiciable des tribunaux français, il sera loisible à ce dernier de la porter devant la juridiction française ». On s'est ainsi conformé aux principes du protectorat, mais en fait les justiciables font de plus en plus rarement usage de l'art. 36. La sûre expérience et l'impartialité du Tribunal mixte lui ont conquis l'autorité que les textes n'ont pu lui donner.

86. — CONDITIONS REQUISES. — La faculté de décliner la compétence du tribunal mixte est soumise à trois conditions : 1° l'opposant doit être justiciable des tribunaux français, c'est-à-dire européen ou protégé d'une puissance européenne; 2° le déclinatoire doit être opposé avant toute défense au fond; 3° l'instance doit être fondée sur un droit existant entre les mains de l'opposant avant l'insertion au *Journal officiel* de la demande d'immatriculation. Si l'opposant a conclu au fond devant le Tribunal mixte, il a accepté la compétence de cette juridiction et il n'est plus recevable à la décliner (Tunis, 30 janvier 1893, *R. A.*, 93, 2, 257). S'il se prévaut d'un droit acquis par lui postérieurement à la demande d'immatriculation, deux hypothèses sont possibles : ou bien, il tient ses droits, soit du requérant, soit des co-propriétaires du requérant dénoncés à la réquisition, et alors il n'est pas, à proprement parler, un opposant; il n'a pour la sauvegarde

(1) Plus exactement, on a évité de déroger à la règle de *l'exequatur*, mais on a déclaré « définitif et inattaquable » devant la juridiction française le titre de propriété dressé par le conservateur en exécution du jugement du Tribunal mixte.

de ses intérêts qu'à se conformer au décret du 16 juillet 1899 ⁽¹⁾, ou bien il est l'ayant cause d'un tiers prétendant à la propriété; mais, dans ce cas, le texte lui refuse la possibilité de dessaisir le Tribunal mixte. Il faut, en effet, que l'immatriculation ne puisse être troublée par des événements survenus en cours d'instance, par des mutations d'indigènes à européens, peut-être fictives et imaginées pour faire traîner en longueur la procédure ⁽²⁾.

87. — DÉCRET DU 14 JUIN 1902. — Un conflit s'était élevé sur la question de savoir à qui il appartenait d'apprécier la recevabilité de l'exception tirée de l'art. 36. Le Tribunal mixte et les Tribunaux de Tunis et de Sousse jugeaient que l'opposition ne pouvait être portée devant la juridiction française que si le Tribunal mixte avait rendu un jugement de sursis à statuer, cette juridiction ayant seule qualité pour vérifier si l'opposant n'a pas conclu au fond devant elle et si la demande est fondée sur un droit existant entre ses mains avant la publication de la demande ⁽³⁾. La Cour d'appel d'Alger et, sur pourvoi, la Chambre des requêtes, estimèrent, au contraire, que les justiciables des tribunaux français ne sont tenus de suivre aucune procédure préalable devant le Tribunal mixte, dont la juridiction ne peut leur être imposée contre leur gré (Alger, 2 juillet 1901, *J. T.*, 01, 591; Cass., 6 mai 1902, *J. T.*, 02, 385). Un décret du 14 juin 1902 est intervenu pour consacrer la jurisprudence des tribunaux locaux. Ce texte décide formellement que l'examen des conditions de recevabilité de l'exception prévue par l'art. 36 « appartient exclusivement au Tribunal mixte ». L'européen qui se croit lésé par une demande d'immatriculation et qui veut faire juger ses prétentions par le tribunal français doit donc saisir le Tribunal mixte d'une opposition et conclure à son renvoi devant la juridiction de droit commun.

88. — JURISPRUDENCE. — Même ainsi précisé, l'art. 36 n'est pas sans soulever des difficultés d'interprétation. Quand le Tribunal mixte reconnaîtra-t-il que les trois conditions du renvoi sont réalisées ? Quelle sera l'étendue de son pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la première condition, c'est-à-dire la nationalité de l'opposant, et la troisième relative aux droits dont il excipe ? Sur le dernier point,

(1) *Infra*, n° 105. *T. M.*, 5 décembre 1904 (*J. T.*, 05, 180).

(2) *T. M.*, 22 février 1904, (*J. T.*, 04, 143).

(3) *T. M.*, 13 février 1897 (*J. T.*, 97, 307). Tunis, 24 janvier 1900 (*J. T.*, 00, 264). Sousse, 14 juin 1900 (*J. T.*, 01, 469).

le tribunal a jugé qu'il lui appartient d'examiner : 1° s'il existe une apparence de droit entre les mains de l'opposant; 2° si ce droit, au cas où il serait reconnu, aurait une influence sur la situation juridique de l'immeuble; 3° s'il a pris naissance en temps utile (*T. M.*, 26 octobre 1903, *J. T.*, 04, 57; 27 janvier 1904, *J. T.*, 04, 138; 22 février 1904, *J. T.*, 04, 143). Quant à la nationalité du justiciable, il n'est pas douteux que le Tribunal mixte n'a pas qualité pour l'apprécier; mais peut-il exiger, pour ordonner le renvoi, que l'allégation d'une nationalité européenne se présente avec quelque vraisemblance? Il semble qu'on ne puisse pas lui refuser ce droit; mais l'exercice doit en être restreint dans de sages limites ⁽¹⁾. Il a été jugé, à bon droit, que l'européen qui exerce les droits de son débiteur indigène en vertu de l'art. 1166 du code civil, n'ayant pas plus de droits que son débiteur, ne peut demander le renvoi (Tunis, 13 mars 1907, *J. T.*, 07, 336). Il est inutile d'ordonner le renvoi si la réquisition d'immatriculation doit être rejetée *de plano* (*T. M.*, 28 nov. 1904; - *J. J.*, 05, 156). Il y a, au contraire, lieu à renvoi si la contestation a été tranchée contre l'opposant par le *Charaa*, parce que la décision du *Charaa* n'est exécutoire qu'après révision au fond (Tunis, 14 juin 1899, *J. T.*, 00, 421). Il y a lieu à renvoi même si le tribunal français s'est antérieurement déclaré incompétent pour connaître de la contestation portée devant lui par voie principale, en raison du caractère immobilier du litige, la juridiction française est devenue compétente par l'application de l'art. 36 (*T. M.*, 6 déc. 1904, *J. T.*, 05, 214, et Tunis, 24 mai 1905, *J. T.*, 05, 628). L'art. 36 comporte une dérogation au principe que la juridiction française est incompétente dans les affaires immobilières où des européens ne sont pas seuls en cause. Le tribunal français, saisi sur renvoi, ne statue que sur l'opposition ⁽²⁾. C'est au Tribunal mixte qu'il appartient ensuite de prononcer ou de rejeter l'immatriculation.

89. TERRES COLLECTIVES. HABOUS. — Signalons pour terminer que des textes nouveaux ont prescrit au Tribunal mixte de surseoir à statuer dans certains cas jusqu'à décision de commissions d'arbitrage. Il est ainsi pour les immatriculations intéressant les territoires militaires du sud, en vertu de l'art. 23 *in fine* du décret du 23

(1) En Tunisie, la nationalité des justiciables est parfois fort obscure. C'est un musulman qui prétend être d'origine algérienne, donc sujet français. C'est un israélite qui déclare être sujet ou protégé britannique, sujet ou protégé italien. L'absence d'état-civil, le milieu, les conditions de vie rendent la généalogie des plus incertaines.

(2) Tunis, 13 mars 1907, déjà cité.

novembre 1918 ⁽¹⁾ sur les terres de jouissance collective : le Tribunal mixte doit renvoyer à l'examen de la commission toute opposition formée par une collectivité (*T. M.*, 1^{er} mars 1921, *R. A.*, 21, 2, 75). De même pour les propriétés rurales appartenant à des fondations *habous* et sur lesquelles seraient installés des occupants indigènes (décret du 12 janvier 1927) ⁽²⁾.

SECTION III

JUGEMENTS DU TRIBUNAL MIXTE

§ 1. — Jugement de rejet ⁽³⁾

90. — CARACTÈRES DE LA DÉCISION DE REJET. — Le Tribunal mixte est une juridiction d'exception uniquement chargée d'immatriculer si les justifications apportées par le demandeur sont suffisantes. Il ne juge, à proprement parler, que lorsque, repoussant les prétentions d'opposants, il ordonne l'immatriculation. En tout autre cas, il fait œuvre administrative; il constate que les conditions requises pour l'admission de la propriété au livre foncier sont ou ne sont pas réunies. Par suite, la décision par laquelle il rejette une demande d'immatriculation n'a d'autre effet que de remettre les parties dans l'état où elles étaient avant cette demande. Le rejet n'a aucune conséquence juridique. Il ne fait pas perdre au requérant la possession légale (Tunis, 5 juillet 1905, *J. T.*, 06, 89) et ne met pas d'obstacle à l'exercice par celui-ci d'une action possessoire (Alger, 11 avril 1891, *J. T.*, 91, 207; Tunis, 16 mars 1892, *R. A.*, 92, 2, 257) ni d'une action en revendication (Tunis, 9 avril 1902, *J. T.*, 02, 317). Si une instance devant la juridiction ordinaire a été interrompue par une demande d'immatriculation, conformément à l'art. 35, elle peut être reprise et suivre son cours. L'art. 37 exprime ainsi ces résultats : « En cas de rejet, les parties sont renvoyées à se pourvoir devant la juridiction compétente ».

Des difficultés s'élèvent cependant sur deux points importants : l'immatriculation de l'immeuble peut-elle être demandée de nouveau ?

(1) *Supra*, n° 50.

(2) *Infra*, n° 102.

(3) Note de M. Pouyanne sous *T. M.*, 23 avril 1904 (*R. A.*, 05, 2, 171).

L'acquéreur qui a échoué dans l'immatriculation peut-il se retourner contre son vendeur et exercer un recours en garantie ?

91. — POSSIBILITÉ DE REPREDRE LA DEMANDE. — Le Tribunal mixte a jugé que l'opposant qui a vu triompher ses prétentions et fait prononcer le rejet de l'immatriculation demandé par un autre prétendant à la propriété ne saurait être privé du droit de requérir l'immatriculation en son propre nom (16 janvier 1901, *J. T.*, 01, 89). Cela est si raisonnable qu'on doit même s'étonner que la question se soit posée.

Mais lorsque le même candidat à l'immatriculation introduit une nouvelle réquisition, après avoir été antérieurement repoussé, la jurisprudence du Tribunal mixte est hésitante et, dans son dernier état, plus restrictive que la jurisprudence antérieure. Une décision du 2 novembre 1916 (*R. A.*, 21, 2, 62 et note) tout en reconnaissant que les décisions de rejet n'ont pas l'autorité de la chose jugée, que dans le passé le Tribunal mixte a fréquemment accueilli des demandes précédemment rejetées, cherche à limiter la possibilité de reprendre l'instance d'immatriculation aux cas où la demande antérieure a été rejetée d'office en l'absence de toute opposition, ou parce que le tribunal n'avait pas eu les éléments nécessaires pour apprécier les prétentions respectives du requérant et des opposants.

Il ne semble pas en effet admissible que le requérant, dont la demande a été rejetée, puisse la renouveler dans les mêmes conditions autant de fois et aussi longtemps qu'il lui plaira, obligeant le tribunal à examiner une affaire déjà jugée au détriment d'autres affaires qui méritent d'aboutir. Mais le Tribunal mixte doit, à mon sens, appliquer, avec beaucoup de réserve, sa théorie de l'irrecevabilité. Il n'y a pas d'argument à tirer du texte de l'art. 37 et il convient de ne pas perdre de vue le caractère spécial de la décision de rejet; il serait contradictoire avec la règle que cette décision n'emporte pas chose jugée de considérer que les opposants ont un droit acquis à ce que, dans l'avenir, l'immatriculation ne soit plus prononcée à leur détriment. Il est loisible aux opposants, s'ils ont réellement des droits à la propriété du fonds contesté, de demander eux-mêmes l'immatriculation. Tant qu'ils n'ont pas obtenu la sécurité que leur offre la loi, leur adversaire a le droit de reprendre sa demande sur de nouvelles preuves. S'il revient devant le tribunal avec des justifications établissant qu'il est le véritable propriétaire, on ne saurait refuser à son immeuble l'accès du livre foncier: la décision qui accorde l'immatriculation ne lèse pas alors les opposants de la précédente instance, puisque,

par hypothèse, il est démontré que leurs prétentions sont mal fondées. Si, au contraire, les nouveaux éléments qu'apporte le requérant ne sont pas déterminants, il appartient au tribunal, même dans le cas où les oppositions n'auraient pas été renouvelées, de rejeter derechef la demande.

92. — ABSENCE DE RECOURS EN GARANTIE. — L'acquéreur dont la demande d'immatriculation n'a pas été admise peut-il exercer contre son vendeur un recours en garantie ? La question est résolue par la négative : « Une décision de rejet d'immatriculation prononcée par le Tribunal mixte ne cause pas l'éviction du requérant, dit un jugement du tribunal de Tunis du 5 juin 1907; elle le laisse exactement dans l'état juridique où il se trouvait avant la réquisition; seule, l'immatriculation au profit d'un tiers de l'immeuble en instance devant le Tribunal mixte produirait l'éviction du requérant primitif » (*J. T.*, 07, 399). Ce raisonnement ne paraît pas discutable en droit, mais en fait il est certain que la propriété dont l'immatriculation aura été rejetée sera d'une valeur diminuée et trouvera peu de crédit. L'acquéreur d'un immeuble non immatriculé agit donc prudemment en stipulant de son vendeur, pour le cas de rejet de l'immatriculation, soit la résolution de la vente, soit des dommages-intérêts. Enfin, il a été jugé que le vendeur est tenu de verser au dossier d'immatriculation les titres de propriété et autres justifications qu'il peut détenir et serait responsable du préjudice causé par un rejet provenant de sa mauvaise volonté ou de sa négligence (Tunis, 27 juin 1900, *J. T.*, 00, 505).

§ 2. — Jugement d'immatriculation

93. — ENONCIATIONS DU JUGEMENT. — Si les droits du requérant sont suffisamment établis, le Tribunal mixte rend un jugement d'immatriculation au vu duquel le conservateur de la propriété foncière établira le titre de propriété. Ce jugement doit donc contenir tous les éléments nécessaires à la rédaction du titre, déterminer la consistance matérielle de la propriété immatriculée par une référence au plan préalablement établi par le service topographique, énoncer les nom et état-civil du ou des propriétaires, en cas de co-propriété, fixer les parts de chacun, déterminer les modalités du droit des propriétaires, par exemple celles qui résultent de leur régime matrimonial (immeuble propre ou commun, dotal ou paraphernal), ordonner l'inscription

des charges et droits réels (servitudes, rentes d'*enzel*, hypothèques, etc.) avec la référence aux actes qui les ont constitués ou à défaut d'actes avec les indications indispensables au conservateur ⁽¹⁾.

94. — PURGE DES DROITS ANTÉRIEURS. RENVOI. — Le jugement d'immatriculation a pour conséquence capitale d'opérer la purge des droits antérieurs, ce qui fera l'objet d'un chapitre spécial.

95. — FAIT GÉNÉRATEUR DE L'IMMATRICULATION. — On s'est demandé si l'immeuble était placé, du jour du jugement, sous le nouveau régime ou s'il restait sous l'empire du droit musulman jusqu'à l'établissement du titre par le conservateur; en d'autres termes, si le fait générateur de l'immatriculation est le jugement du tribunal mixte ou l'inscription sur le livre foncier. Il s'écoule, en effet, nécessairement, un délai entre les deux opérations, le délai indispensable au greffier pour dresser l'expédition du jugement et transmettre le dossier au conservateur et indispensable au conservateur pour établir le titre. J'estime que, pendant ce laps de temps, que les services intéressés doivent s'efforcer de rendre court, l'immeuble ne doit pas être considéré comme immatriculé. Le sens même du mot s'y oppose, les textes aussi : l'art. 21 dit que « le conservateur est chargé de l'immatriculation » et l'art. 42 qu'il « procède à l'immatriculation sur l'expédition conforme de la décision du Tribunal mixte ». Au surplus, tout le système de la loi foncière repose sur la publicité; or il n'y a pas de publicité possible tant que le titre n'est pas établi : jusqu'à ce que la propriété soit pourvue d'un feuillet au livre foncier la base même de la publicité fait défaut. On fait valoir, à l'appui de l'opinion contraire, que le législateur a voulu que la constitution de la propriété fût l'œuvre de l'autorité judiciaire, mais l'argument paraît être sans portée, puisque le conservateur doit se conformer strictement à la décision du tribunal. En sens contraire, Lescure, *op. cit.*, p. 235, Tunis, 12 juillet 1899 (*J. T.*, 99, 625).

(1) Le Tribunal mixte a le droit et le devoir de trancher toutes les contestations relatives aux droits réels qui grèvent l'immeuble, mais il se trouve des cas où le Tribunal mixte est obligé de renvoyer l'examen de ces questions au tribunal de droit commun en réservant les droits des parties. C'est ce qui se présente lorsque l'attribution d'une rente d'*enzel* ou d'une créance hypothécaire dépend de la solution d'un ensemble de litiges dont les autres éléments échappent à sa compétence (liquidation de communauté, de succession, de société, de faillite, etc.). *T. M.*, 9 juillet 1905 (Réquisition n° 13.110). *Infra*, nos 122, 123.

96. — SITUATION DE L'IMMEUBLE ENTRE LE JUGEMENT ET L'ÉTABLISSEMENT DU TITRE. — Pendant longtemps, le Tribunal mixte a ordonné l'immatriculation sans que le plan de l'immeuble fût définitivement dressé ⁽¹⁾. Par exemple, il admettait la demande pour une partie seulement de la propriété et ordonnait des opérations topographiques complémentaires en vue d'exclure le reste. Cette pratique avait pour conséquence qu'un délai de plusieurs mois ou même, exceptionnellement, de plusieurs années, pouvait s'écouler entre la décision du tribunal et l'établissement du titre, car le conservateur ne pouvait exécuter la décision qu'après rectification du bornage (art. 42). Pendant ce temps, on est, comme on vient de le voir, dans l'incertitude sur la législation applicable à la propriété et, d'autre part, les parties n'ont aucun moyen de donner la publicité légale à leurs conventions et, par suite, de sauvegarder leurs droits, car le tribunal est dessaisi et le conservateur ne saurait recevoir le dépôt d'actes qu'il ne peut encore vérifier et inscrire. Depuis plusieurs années, le Tribunal mixte a modifié heureusement sa jurisprudence et il n'ordonne l'immatriculation que lorsque le plan a été rectifié et que rien ne s'oppose plus à l'établissement du titre dans un délai normal.

Les inconvénients qui s'étaient manifestés sont ainsi atténués dans une large mesure, mais ils n'ont pas complètement disparu et il faut reconnaître que, pendant la période qui va du jugement du Tribunal mixte à l'inscription de l'immeuble sur le livre foncier, le système de la loi tunisienne se trouve en défaut.

§ 3. — Absence de voie de recours

97. — AUTORITÉ DES JUGEMENTS D'IMMATRICULATION AU REGARD DES TRIBUNAUX FRANÇAIS. — Les décisions du Tribunal mixte ne sont, aux termes de l'art. 37, susceptibles d'aucun recours. Notamment les jugements ordonnant l'immatriculation ne peuvent être révisés par les tribunaux français au moyen de la procédure d'*exequatur* ⁽²⁾. Nous avons, en effet, signalé déjà, à propos de l'art. 36 ⁽³⁾, la controverse

(1) V. LESCURE, *op. cit.*, p. 240.

(2) Quant aux jugements de rejet, la question de l'*exequatur* ne se pose pas. Ce sont de simples déboutés en l'état non susceptibles d'exécution parce que sans conséquence juridique.

(3) *Supra*, n° 85. M. Massicault, Résident général, proposa la suppression du Tribunal mixte, dont les attributions eussent été dévolues d'abord aux tribunaux ordinaires, puis à une chambre de la Cour d'appel dont l'institution était déjà projetée à cette époque. La compétence en matière immobilière eut été attribuée aux tribunaux français au moins et d'abord quand un européen serait défendeur. Le ministère des Affaires étrangères n'entra pas dans ces vues et fit prendre le décret du 17 juillet 1888.

qui aboutit au décret du Président de la République du 17 juillet 1888 déclarant « définitif et inattaquable » le titre dressé en suite de la décision du Tribunal mixte prononçant l'immatriculation. Malgré cette disposition impérative, la question fut portée devant les tribunaux. La Cour de cassation jugea, le 2 février 1898, que la loi tunisienne de 1885 ayant été promulguée dans la Régence avec le visa du Résident général, au nom et par délégation du Gouvernement français, y est exécutoire à l'égard de tous sans distinction de nationalité et que de l'ensemble de ces dispositions « il résulte nécessairement que, selon l'expression de l'art. 2 du décret rendu le 17 juillet 1888 par le Président de la République, le titre dressé par le conservateur est définitif et inattaquable devant les juridictions françaises ». (*J. T.*, 98. 144).

98. — PROPOSITIONS DE RÉFORME. — Ce point est donc définitivement acquis, mais l'absence de toute voie de recours a continué à soulever des critiques quelquefois très vives. Les plus modérés ont demandé qu'au moins un recours fût ouvert en cas d'excès de pouvoir ou de violation de la loi (*Lescure, op. cit.*, p. 331). Le rapport Cambon explique de la manière suivante les motifs du législateur : « L'organisation du Tribunal mixte, dit-il, répond à cette pensée fondamentale que l'œuvre de la constitution de la propriété doit être placée sous la surveillance et le contrôle de l'autorité judiciaire, sans que, pourtant, la lenteur tutélaire de ses formes puisse arrêter la prompte exécution d'une entreprise qui, pour donner tous ses résultats, doit être conduite avec rapidité ». Le but de célérité poursuivi par le législateur ne serait pas atteint si les opposants pouvaient porter leurs griefs successivement devant plusieurs degrés de juridictions. Aux raisons pratiques qui ont guidé les auteurs de la loi, s'ajoute la difficulté d'organiser une voie de recours : le Tribunal mixte est une juridiction tunisienne émanant de la souveraineté du Bey ; la juridiction d'appel ou de cassation serait un tribunal français. Ce ne serait point là, sans doute, un obstacle absolu : le protectorat est fait de ces concessions de la souveraineté beylicale à la souveraineté française. Ce serait cependant, dans l'état actuel de l'organisation judiciaire de la Tunisie, une anomalie. Jusqu'à ce qu'une cour d'appel ait été créée et ait été chargée d'examiner les recours contre les jugements de la justice tunisienne, il ne paraît pas possible qu'une voie de réformation soit ouverte à l'encontre des décisions du Tribunal mixte devant la juridiction ordinaire. On a proposé une autre solu-

tion, moins satisfaisante à mon avis, mais qui aurait du moins l'avantage de maintenir entre les diverses chambres du Tribunal mixte l'unité de jurisprudence. Elle consisterait à permettre aux parties intéressées de déférer aux chambres réunies du Tribunal mixte les décisions d'immatriculation ou de rejet ⁽¹⁾ ou, dans un autre système, à ouvrir au conservateur, faisant office de ministère public, un recours du même ordre contre les décisions d'immatriculation, mais seulement pour fausse interprétation de la loi ⁽²⁾.

§ 4. — Rectification des erreurs matérielles

99. — Le législateur tunisien a édicté diverses dispositions pour permettre la rectification des erreurs matérielles. Mais on ne saurait y voir des voies de recours à l'encontre des décisions d'immatriculation ni des dérogations au principe de la purge des droits antérieurs.

100. — ART. 355. — L'art. 355, placé dans un chapitre de la loi qui règle le mode d'opérer les inscriptions et détermine les obligations du conservateur, permet aux parties de faire rectifier les omissions ou erreurs commises dans le titre de propriété ou dans les inscriptions. Il faut entendre, d'une part, les inscriptions faites en vertu du jugement d'immatriculation, d'autre part, les inscriptions postérieures faites directement par le conservateur. Nous retrouverons plus loin ce texte pour ce qui concerne la rectification des inscriptions du conservateur (n° 416). Nous ne nous occuperons ici que de la rectification des inscriptions résultant de la décision du Tribunal mixte.

La jurisprudence a précisé que l'art. 355 vise seulement les erreurs ou omissions étrangères au fond même du titre et susceptibles d'être réparées sans aucun danger pour les titulaires de droits faisant l'objet d'inscriptions (Tunis, 7 mars 1898, *J. T.*, 98, 228 ⁽³⁾; Tunis, 29 mars 1905, *J. T.*, 05, 380; Tunis, 22 nov. 1905, *J. T.*, 06, 91 ⁽⁴⁾). Le jugement du 22 novembre 1905 délimite clairement le champ d'applica-

(1) Rapport de M. Pédebidou, rapporteur de la commission des finances, pour le budget de 1909, p. 82. Rapport au Résident général, par M. Paul Dumas, président du Tribunal mixte, 1909.

(2) Note de M. E. H. Labbe (*in fine*). *R. A.*, 24, 2, 97.

(3) Rectification de l'état-civil du propriétaire inexactement indiqué à la réquisition.

(4) Inscription au nom de la fondation *habous* elle-même d'un immeuble immatriculé à titre *habous* au nom du constituant.

tion de l'art. 355. « Attendu, dit-il, que le jugement du Tribunal mixte, prononçant une immatriculation, purge définitivement l'immeuble qui en est l'objet de tous les droits réels antérieurs dont il n'ordonne pas l'inscription sur le titre de propriété, et que ce jugement n'est susceptible d'aucune voie de recours, qu'on ne saurait donc, en principe, accueillir une demande en rectification d'un titre de propriété créé en conformité d'un jugement d'immatriculation du Tribunal mixte, que cependant cette règle ne trouve application qu'au cas où la rectification demandée pourrait avoir pour effet de faire revivre un droit réel dont l'immeuble aurait été purgé par le jugement, qu'elle ne fait pas obstacle à ce qu'on rectifie une mention lorsque la rectification, loin d'avoir pour résultat de modifier la condition juridique de l'immeuble immatriculé, et de porter atteinte à la décision du Tribunal mixte, ne fait, au contraire, que développer les principes établis par la dite décision et donner cours aux conséquences juridiques dont il est susceptible ⁽¹⁾ ».

101. — DÉCRETS DES 25 FÉVRIER ET 19 MARS 1897. — L'art. 355 s'occupe de la rectification d'erreurs à la demande des parties. La juridiction compétente est la juridiction française de droit commun, mais il est des erreurs commises par les agents de l'immatriculation, le service topographique, le tribunal mixte ou le conservateur, que les parties pourraient s'abstenir de faire rectifier, parce qu'elles ne lèsent pas leurs intérêts, et qu'il importe cependant de faire disparaître. Un décret du 25 février 1897 a institué une procédure spéciale permettant au Tribunal mixte d'ordonner la rectification « des omissions ou erreurs matérielles que contiendraient soit les relevés et plans du service topographique... soit les jugements prononçant l'immatriculation, soit les titres de propriété établis en exécution des dits jugements », et ce à la requête de l'un quelconque des agents de l'immatriculation. Le texte était conçu en termes si larges et si vagues que son application eût pu anéantir le principe de la purge des droits antérieurs. Mais un décret interprétatif du 19 mars 1897 a levé les doutes que pouvait faire naître une rédaction insuffisam-

(1) Un arrêt de la Cour d'Alger du 14 décembre 1905 (*J. T.*, 06, 393) qui, d'ailleurs, ne se réfère pas expressément à l'art. 355, pourrait donner à croire que la juridiction d'appel s'est reconnu le droit de modifier sur le fond le titre résultant de la décision du Tribunal mixte, mais ce n'est qu'une apparence résultant de ce que l'arrêt a été motivé en fait et non en droit; il s'agissait, en réalité, dans l'espèce soumise à la cour, de l'interprétation d'un acte de vente intervenu en cours d'immatriculation et dont le tribunal mixte avait ordonné l'inscription conformément au décret du 16 juillet 1899. Cela est tout autre chose, ainsi qu'on le verra ci-après.

ment étudiée, en spécifiant que les erreurs ou omissions susceptibles d'être rectifiées par le Tribunal mixte sont seulement celles imputables aux agents ayant pris part à l'immatriculation et consistant en une faute d'écriture, de chiffre ou de dessin et que la décision du tribunal ne pourra, en aucun cas, porter atteinte à la propriété et aux droits réels établis par le jugement d'immatriculation. La demande de rectification doit, au surplus, être introduite dans le délai d'un mois à partir de l'établissement du titre.

Ainsi limitée, la modification introduite en 1897 dans la législation ne doit porter aucune atteinte au principe de la purge (*T. M.*, 19 mai 1915, *R. A.*, 22, 2, 93). L'application du texte ne laisse pas cependant d'être délicate. Le Tribunal mixte s'est efforcé d'en préciser le sens dans deux décisions des 6 et 15 juillet 1903. La rectification n'est possible que si la substance même du jugement n'est pas modifiée. Pour se conformer scrupuleusement à la volonté du législateur, il faut décider que, seules peuvent être rectifiées, les erreurs matérielles ou omissions consistant en une faute d'écriture, de chiffre ou de dessin qui ont évidemment transformé la décision du tribunal, trahi ses intentions et modifié par accident le jugement (6 juillet 1903, *J. T.*, 03, 495). La preuve que le tribunal a été trahi dans l'expression de sa volonté par une faute d'écriture, de chiffre ou de dessin, ne peut résulter que des énonciations du jugement lui-même ou d'un défaut de concordance entre les diverses parties qui le composent, ou entre ce jugement et les pièces de la procédure qui y sont visées (15 juillet 1903, *J. T.*, 03, 498).

102. — DÉCRET DU 12 JANVIER 1927. — Signalons enfin, comme une inconséquence du législateur, une disposition d'un décret du 12 janvier 1927, qui a trait à une question spéciale : celle des occupants indigènes installés de pères en fils sur de grandes propriétés *habous* ⁽¹⁾.

Cette disposition autorise le Tribunal mixte à rappeler devant lui des affaires définitivement jugées, « par une procédure analogue, est-il dit, à celle des erreurs matérielles prévue par les décrets des 25 février et 19 mars 1897 », pour permettre de tenir compte du droit nouvellement reconnu aux occupants. Il n'est pas besoin d'insister pour démontrer qu'il n'y a aucune assimilation à établir entre la rec-

(1) V. décrets du 12 avril 1913 et du 17 juillet 1926 et de Montétý, *Une loi agraire en Tunisie*.

tification des erreurs matérielles et celle destinée à consacrer, après coup, des droits qui n'ont pas été énoncés à la décision d'immatriculation et que ce texte aurait institué, s'il avait été appliqué, une véritable dérogation à l'autorité du jugement du Tribunal mixte et à la purge instituée par la loi de 1885. On n'a pas appliqué l'art. 3 du décret du 12 janvier 1927, mais on eut mieux fait de l'abroger expressément.

SECTION IV

FAITS ET CONVENTIONS INTERVENUS AU COURS DE L'INSTANCE EN IMMATRICULATION

103. — SYSTÈME ANTÉRIEUR A 1899. — L'instance en immatriculation, de la réquisition au jugement, est pratiquement longue. Malgré les efforts du Tribunal mixte et du service topographique, sa durée dépasse de beaucoup celle des délais légaux. Elle est rarement de moins d'un an, souvent de 2 ou 3 ans, dans quelques cas, elle atteint 5 ans et plus. Pendant ce temps, l'immeuble change de mains, le propriétaire a besoin de crédit et hypothèque. Qu'advient-il des mutations et constitutions de droits réels ? A quel régime sont-elles soumises ? Comment les intéressés peuvent-ils prendre rang à l'égard des tiers ?

Ces questions ne paraissent pas avoir soulevé de difficultés jusqu'en 1899. L'art. 19 disposant que « tous les droits réels existant sur l'immeuble, au moment de l'immatriculation, sont inscrits sur le titre de propriété », et l'art. 42 « que le conservateur procède à l'immatriculation sur l'expédition conforme de la décision », les tiers acquéreurs ou créanciers dénonçaient leurs conventions au Tribunal mixte et le tribunal ordonnait l'immatriculation de l'immeuble dans l'état où celui-ci se trouvait au jour du prononcé du jugement, d'après les actes versés au dossier. Dans ce système, les actes passés en cours d'instance n'étaient pas soumis aux conditions de forme prescrites par la loi foncière; le Tribunal mixte pouvait accueillir même des actes informes, s'ils étaient confirmés et précisés à l'audience par les déclarations des parties, statuait souverainement sur les difficultés et purgeait l'immeuble de tous droits antérieurs jusqu'au jour de sa décision « si bien, a-t-on écrit, que la procédure de l'im-

matriculation n'entravait en rien la marche des affaires, que le titre établi au vu de la décision définitive se trouvait immédiatement à jour, offrait aux affaires un gage certain et pouvait entrer immédiatement en circulation, répondant ainsi au but essentiellement pratique que se sont proposés les auteurs de la loi » ⁽¹⁾.

104. — JURISPRUDENCE DE 1899. — Brusquement, le 22 mars 1899, le Tribunal mixte inaugura une jurisprudence nouvelle selon laquelle le jugement rétroagit au jour de la demande. C'est à la date de la réquisition, et non du jugement, qu'il convient de déterminer la situation de l'immeuble et que la purge s'opère. Le Tribunal mixte n'a donc pas à statuer sur les actes intervenus en cours d'instance (*J. T.*, 99, 326). Peu après, un commentaire abondant de cette décision fut publié dans le *Journal des tribunaux de Tunisie* par M. Gentil, juge-rapporteur (99, 348). Des arguments produits, un seul est à retenir : la purge se justifie en ce qui concerne les droits nés avant la demande d'immatriculation, parce que cette demande fait l'objet d'une publicité qui met les tiers en demeure de faire valoir leurs droits; il n'en est pas de même en ce qui concerne les actes postérieurs qui ne subissent pas l'épreuve de la publicité, ni celle du contrôle par le juge-rapporteur. Les ayants cause des parties contractantes risquent de voir les recours que leur accorde la loi anéantis par l'effet de l'immatriculation. A vrai dire, cet argument lui-même n'était pas sans réplique, car les tiers avertis par la publicité antérieure, pouvaient, jusqu'au jour de l'audience, prendre connaissance au greffe des modifications survenues dans l'état juridique de la propriété et intervenir à l'instance, leur intervention ne pouvant être considérée comme une opposition proprement dite susceptible de tomber sous le coup de la forclusion. Il y avait une autre objection au système suivi avant 1899. La purge s'opérant au jour du jugement, pouvait avoir pour résultat d'anéantir des actes intervenus à la veille de ce jugement, sans que les intéressés aient eu le temps matériel de porter leurs droits à la connaissance du tribunal. Mais il eut été facile de remédier à cette rigueur excessive en disposant que les droits nés postérieurement à la réquisition et non dénoncés au tribunal ne seraient pas éteints et que leurs détenteurs pourraient encore en demander l'inscription au conservateur. Quoiqu'il en soit, les transac-

(1) Note de M. Lucien DUBOURDIEU, conservateur de la propriété foncière, 1899,

lions se trouvèrent placées dans l'insécurité la plus complète. Non seulement pendant la période qui s'écoule entre le jugement et l'établissement du titre, mais encore pendant celle, beaucoup plus longue, de l'instance devant le Tribunal mixte, les immeubles auraient été pratiquement frappés d'indisponibilité. Comme le fait justement remarquer M. Lescure, le sort des conventions intervenues en cours d'instance aurait été subordonné à la décision du tribunal. En cas d'immatriculation, ces conventions auraient pu être annulées si elles n'avaient pas satisfait aux exigences de la loi foncière, applicable rétroactivement à l'immeuble qui en était l'objet. En cas de rejet, elles auraient pu être annulées si, valables au point de vue de la loi foncière, elles n'avaient pas été conformes à la loi musulmane. D'autre part, les acquéreurs et les créanciers n'avaient aucun moyen de prendre rang. Vainement proposait-on de déposer les actes à la conservation. Le conservateur refusait, à bon droit, de recevoir le dépôt d'actes qu'il n'avait pas mission ni possibilité d'inscrire. A la suite des protestations des intéressés et à la demande du conservateur, une commission fut constituée qui élaborait le décret du 16 juillet 1899.

105. — SYSTÈME INSTITUÉ PAR LE DÉCRET DE 1899. — Le décret du 16 juillet 1899, est une transaction. Le texte ne consacre pas le système de l'immatriculation rétroactive. Jusqu'au jugement du Tribunal mixte et même, dans l'opinion que nous avons admise plus haut, jusqu'à l'établissement du titre, l'immeuble reste donc soumis à la loi musulmane (Tunis, 24 avril 1901, *J. T.*, 01, 414). Les conventions qui le concernent régies, quant au fond du droit, par la loi musulmane, doivent toutefois, quant à la forme, être établies en conformité des prescriptions de la loi foncière (art. 2). Les actes continuent à être déposés au greffe du Tribunal mixte (art. 1^{er}) et dans la décision définitive, le tribunal ordonne leur inscription, s'ils ont été régulièrement dénoncés (art. 4). Les inscriptions effectuées en exécution de la décision prennent rang du jour du dépôt des actes au greffe (*T. M.*, 16 février 1911 et note de M. E. H. Labbe, *R. A.*, 12, 2, 173), mais elles ne produisent pas des effets plus étendus que celles prises directement par le conservateur après l'établissement du titre. « Ces inscriptions, dit l'art. 4, feront foi dans les limites fixées par les lois qui régissent en Tunisie les immeubles immatriculés ». La différence essentielle avec le régime ancien, c'est, en effet, que la purge des droits antérieurs se produit au jour de la demande, non plus au jour

du jugement (art. 4). Les inscriptions d'actes postérieurs à la réquisition, ordonnées par le tribunal, n'ont pas l'autorité irréfragable de l'immatriculation; elles n'ont que la force probante des inscriptions ordinaires: il appartient à la juridiction de droit commun de se prononcer sur leur validité (Tunis, 24 avril 1901, *J. T.*, 01, 414; Tunis, 19 novembre 1901, *J. T.*, 01, 574; Tunis, 17 février 1909, *J. T.*, 09, 494; Tunis, 8 juillet 1914, *R. A.*, 15, 2, 193; Tunis, 20 juin 1923, confirmé Alger, 15 juin 1926, non publié). Comme le dit le Tribunal mixte lui-même dans un jugement du 29 décembre 1910, sa fonction est uniquement celle dévolue au conservateur (*R. A.*, 11, 2, 202, avec note de M. Labbe). Il doit donc exercer le même contrôle que le conservateur exercerait si le titre était déjà dressé, mais il n'a pas à trancher les contestations soulevées devant lui au sujet de la validité de ces actes: il ne pourrait, à ce sujet, qu'ordonner une prénotation, et encore à la condition que les formalités de l'art. 53 fussent remplies ⁽¹⁾. Les actes que le Tribunal mixte a déclaré non susceptibles d'être inscrits pourront être ultérieurement inscrits par le conservateur après régularisation et, bien entendu, l'inscription ne prendra rang que du jour du dépôt régulier à la conservation. De même, les droits postérieurs à la demande d'immatriculation que les parties n'ont pas dénoncés au Tribunal peuvent être, plus tard, inscrits par le conservateur, si rien ne s'oppose à leur inscription; ils n'existeront à l'égard des tiers que par l'accomplissement de cette formalité (art. 4).

106. — CRITIQUE. — Le décret de 1899 a mis fin à une situation qui était fort délicate, mais le régime qu'il institue ne saurait être considéré comme satisfaisant. Il fait jouer au Tribunal mixte le rôle du conservateur. C'est d'abord une anomalie au point de vue théorique; on pourrait s'en consoler en considérant que d'autres attributions du Tribunal mixte sont plus administratives que juridictionnelles. Mais il y a des inconvénients pratiques nombreux. Le plus sérieux est celui-ci : le conservateur n'accepte le dépôt que d'actes réguliers; si les pièces produites ne permettent pas l'inscription, il indique, dans le plus bref délai, les justifications complémentaires à fournir; le greffe, au contraire, doit accepter tous les dépôts qui lui sont faits et c'est longtemps après, à l'issue de l'instance, que le tribunal statue sur le point de savoir si les actes déposés sont régu-

(1) Sur les difficultés relatives à la compétence, v. *R. A.*, 13, 2, 177 et *infra*, n° 148.

liers; s'il n'en ordonne pas l'inscription, le dépôt au greffe est tenu pour non avenu et les parties sont renvoyées devant le conservateur qui inscrira après régularisation, mais dans l'intervalle toutes sortes d'obstacles à l'inscription ont pu survenir et les intérêts en cause peuvent se trouver gravement compromis. La critique du décret de 1899 a été déjà faite plusieurs fois. M. Lescure (*op. cit.*, p. 347) a reproché à la réforme de 1899 d'avoir « énérvé » le principe de la purge; il a fait observer, en outre, que le Tribunal mixte était « un conservateur irresponsable ». Dans un rapport présenté au Résident général, le 22 mai 1909, M. Paul Dumas, alors président du Tribunal mixte, a signalé que l'application du décret de 1899 donnait de médiocres résultats et il a proposé de revenir, avec quelques modifications, à l'ancien système.

CHAPITRE IV

PURGE DES DROITS ANTÉRIEURS A L'IMMATRICULATION

SECTION I

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

107. — DUALITÉ DES SYSTÈMES. — La purge des droits antérieurs n'a pas, dans tous les pays où fonctionne l'immatriculation, la même portée. Deux systèmes peuvent se concevoir.

108. — SYSTÈME DE LA PURGE AU PROFIT DES TIERS. — Dans le premier, l'immatriculation est une formalité destinée à protéger les tiers qui achètent ou qui prêtent. Ceux qui font des opérations immobilières ne doivent pas être astreints à rechercher, dans le passé, des causes de nullité et des charges non révélées par le titre établi en suite d'immatriculation. Ils doivent pouvoir traiter avec confiance et sécurité. La loi les met donc à l'abri de toutes revendications, mais celles-ci peuvent continuer à s'exercer contre la partie qui a fait immatriculer. Si l'immatriculation a été obtenue par un non-propriétaire ou sans que certains droits réels qui grevaient l'immeuble aient été déclarés et inscrits, le véritable propriétaire ou le titulaire du droit réel omis possède encore un recours sur l'immeuble tant que cet immeuble n'a pas été aliéné. Le revendiquant reprend la propriété dans l'état où elle se trouve au jour où son action a été rendue publique par une prénotation ⁽¹⁾, c'est-à-dire grevée des droits d'usufruit, de servitude, d'hypothèque qui ont été constitués par le propriétaire apparent. Il peut même atteindre les tiers, acquéreurs ou créanciers, et reprendre la propriété libre des charges créées à leur profit si ces tiers n'ont pas traité de bonne foi avec le propriétaire apparent, c'est-à-dire s'ils ont eu connaissance du vice du titre de leur auteur. L'admission de la demande d'immatriculation ne confère donc pas à l'immatriculant plus de droit qu'il n'en avait auparavant; elle lui facilite seulement les aliénations et le crédit. La purge des

(1) Sur les prénotations, *infra*, n^{os} 478 et suiv.

droits antérieurs ainsi conçue serait l'application pure et simple à la première inscription de l'immeuble sur le livre foncier, de la règle de la force probante telle que la loi tunisienne l'a instituée en ce qui concerne les inscriptions postérieures ⁽¹⁾.

109. — SYSTÈME DE LA PURGE AU PROFIT DE L'IMMATRICULANT. — Le second système va plus loin, la purge n'est pas seulement une mesure de protection en faveur des tiers, elle est une consécration définitive de la propriété. Quiconque prétend à des droits sur l'immeuble doit les faire valoir au cours de la procédure instituée par la loi pour purger l'immeuble. En demandant l'immatriculation, le propriétaire formule, *erga omnes*, une mise en demeure de contester son titre dans les délais légaux; faute d'avoir contesté en temps utile, tout revendiquant est forcé. Il n'a plus aucun recours sur l'immeuble, même si celui-ci est encore la propriété de l'immatriculant, il ne possède plus d'action réelle, mais seulement une action personnelle en dommages-intérêts, dans les cas où la loi lui accorde cette action. La propriété est consolidée *hic et nunc* sur la tête du bénéficiaire de l'immatriculation.

110. — PROJET DE LA COMMISSION FRANÇAISE DE 1892. — C'est la première de ces solutions que la commission extraparlamentaire du cadastre de 1892 a proposé d'adopter en France, comme étant celle qui concilie, dans la plus large mesure possible, les besoins du crédit avec le respect du droit. Si l'immatriculation a été obtenue par surprise et que l'immeuble soit encore en la possession de celui qui a profité de l'erreur commise, pourquoi la loi refuserait-elle une réparation qui ne lèse pas les tiers de bonne foi ? L'immatriculation doit garantir la sécurité des transactions et du crédit parce que cette sécurité est un facteur important du développement économique, mais il convient de ne pas sacrifier des intérêts particuliers légitimes au delà de ce qu'exige l'intérêt social.

111. — LOI TUNISIENNE. AVANTAGES DU 2^e SYSTÈME. — Malgré la valeur juridique et morale de ces considérations, nous pensons que le législateur de 1885 a eu raison, en ce qui concerne la Tunisie, d'instituer un système qui donne à la propriété une assise définitive.

(1) *Infra*, n^{os} 451 et suiv.

A vrai dire, il ne pouvait faire autrement ⁽¹⁾. Nous avons déjà vu que la réforme était imposée par la nécessité urgente de mettre fin à l'insécurité qui régnait alors et qui s'opposait à l'installation des européens et à la rénovation économique du pays. Que l'on se demande quelle aurait été la valeur pratique d'une immatriculation limitée dans ses effets, qui aurait laissé place à de longs et périlleux procès. Aujourd'hui encore il y a d'impérieux motifs de persister dans le régime adopté. Puisque l'immatriculation n'est pas imposée, il y a lieu de faire en sorte qu'elle soit demandée. Quel intérêt les propriétaires qui n'ont pas un besoin immédiat de vendre ou d'emprunter, auraient-ils à recourir à l'immatriculation si, en cas de succès, ils n'obtenaient pour eux-mêmes aucune protection ? N'éloignerait-on pas les plus intéressants, ceux qui croient être réellement propriétaires, ceux qui veulent par leurs propres moyens mettre en valeur le sol et s'y fixer ? Par contre, l'immatriculation conserverait tous ses avantages pour les demandeurs de mauvaise foi et pour les spéculateurs sur les terres. Ceux-ci, s'ils réussissaient à faire inscrire sur le livre foncier des droits douteux, se hâteraient très certainement de transmettre ces droits à des tiers de manière à les rendre inattaquables ou très difficilement attaquables. Le revendiquant éventuel ne gagnerait donc rien, mais l'œuvre féconde de l'immatriculation perdrait beaucoup si la longue enquête que comporte la procédure de purge n'aboutissait pas à libérer entièrement la terre et à tarir la source des procès.

112. — SUPPRESSION DU FONDS D'ASSURANCE. CRITIQUE. — Mais le législateur peut et doit prendre des mesures pour que le tort qui serait causé à des droits légitimes soit réparé. Les auteurs de la loi de 1885 ⁽²⁾ y avaient pourvu en instituant un fonds d'assurance destiné à indemniser « celui qui se trouverait lésé par l'immatriculation d'un immeuble ou par l'inscription d'un droit réel ». Le recours contre le fonds d'assurance était ouvert à toute personne lésée qui n'aurait pu obtenir réparation de l'auteur du dommage. L'indemnité ne pouvait, il est vrai, excéder les deux tiers des disponibilités du fonds,

(1) Le même système a prévalu au Congo (art. 36, 37 et 38), en Afrique Occidentale (art. 121 et 122), à Madagascar (art. 118 et 119), au Maroc (art. 62), en Indo-Chine (art. 362). Dans la législation libano-syrienne, les revendiquants peuvent exercer leur action pendant deux ans après l'immatriculation (arrêté 188, art. 17), mais un arrêté du 2 novembre 1928 a dérogé à cette règle en faveur du crédit hypothécaire.

(2) Art. 39 et 40.

mais cette limitation, dictée par la prudence financière que commandaient les circonstances, eut rapidement cessé de jouer.

Etant donné le petit nombre des cas dans lesquels des erreurs se sont révélées, on peut présumer que si le fonds eût été maintenu, il serait aujourd'hui en mesure de faire face à toute éventualité. La contribution destinée à l'alimenter, qui avait été fixée à un taux excessif, eût même pu être réduite considérablement. En 1892, la deuxième sous-commission, chargée d'étudier les modifications à la loi foncière, a provoqué la suppression pure et simple du fonds d'assurance. « L'institution de ce fonds, dit-elle, ne répond pas à une nécessité. Son établissement en Australie s'explique par ce que l'immatriculation est ordonnée par un seul fonctionnaire, qui peut commettre des erreurs; mais en Tunisie, c'est un tribunal qui examine les titres produits et qui ordonne l'immatriculation, et le décret français du 17 juillet 1888, a rendu les titres, dressés en conformité de ses décisions, définitifs et inattaquables. On se demande dès lors comment le recours personnel contre le fonds d'assurance pourrait être exercé »⁽¹⁾. De tels arguments prouvent seulement avec quelle légèreté le fonds d'assurance a été supprimé. La deuxième sous-commission paraît croire que le décret de 1888 s'oppose à l'exercice d'actions personnelles en dommages-intérêts, alors qu'il interdit seulement les recours sur l'immeuble et alors que l'art. 38 de la loi foncière prévoit expressément le recours en dommages-intérêts. Elle perd de vue que le fonds d'assurance aurait pu servir à garantir non seulement les dommages causés par les erreurs d'immatriculation, mais encore ceux résultant de l'application de la force probante aux inscriptions du conservateur. Enfin, si la juridiction du Tribunal mixte présente de très sérieuses garanties — grâce à une sage jurisprudence — elle ne prétend pas qu'au rebours des fonctionnaires elle ne peut pas commettre d'erreur. A la vérité, l'institution d'un fonds d'assurance était la contre-partie indispensable de la purge des droits antérieurs et de la force probante des inscriptions au profit des tiers⁽²⁾. Du fait de sa suppression, tout le système est vicié⁽³⁾.

(1) Rapport de la 2^e sous-commission, p. 13.

(2) Voir note sous arrêt d'Alger, *R. A.*, 13, 2, 18.

(3) Les législations du Maroc (art. 100) et de l'Indo-Chine (art 418 et suiv.) ont institué un fonds d'assurance.

SECTION II

CONSÉQUENCES DE LA PURGE

§ 1. — Portée du principe

113. — TEXTE CONSACRANT LE PRINCIPE DE LA PURGE. — L'article 19 de la loi foncière pose en principe que « tous les droits réels existant sur l'immeuble au moment de l'immatriculation sont inscrits sur un titre de propriété qui forme leur point de départ unique à l'exclusion de tous droits antérieurs »; l'art. 38 précise que « toute personne dont les droits auraient été lésés par suite d'une immatriculation ou d'une inscription ⁽¹⁾ n'aura jamais de recours sur l'immeuble ». D'autre part, nous avons vu ⁽²⁾ que le décret du Président de la République du 17 juillet 1888 consacre, au regard des tribunaux français, l'effet incommutable de l'immatriculation. L'art. 4 du décret du 16 juillet 1899 sur les conventions intervenues en cours d'instance, a encore confirmé le principe de la purge en spécifiant, toutefois, que ce principe s'applique aux droits antérieurs à la réquisition d'immatriculation, à l'exclusion des droits nés dans l'intervalle entre la réquisition et le jugement ⁽³⁾.

La loi prévoit une seule exception, qui concerne le domaine public et que nous examinerons plus loin (n^{os} 130 et suiv.).

114. — CONTROVERSE AU SUJET DES DROITS INSTITUÉS PAR L'IMMATRICULANT. — La généralité des termes dont se sont servis les textes paraît exclure toute possibilité d'admettre que la purge produit, au profit de l'immatriculant, des effets moins étendus qu'au regard des tiers. Le rapport Cambon ⁽⁴⁾ et tout ce que nous savons des origines

(1) « Ou d'une inscription » a été ajouté en 1892. Le sens de cette addition est obscur. En effet, l'inscription des actes postérieurs à l'immatriculation ne met pas d'obstacle à l'exercice des actions *inter partes*. La force probante ne protège que les tiers. (*Infra*, n^o 454). On doit interpréter en ce sens qu'il s'agit de l'inscription d'un droit réel existant sur l'immeuble avant la réquisition d'immatriculation et dont le titulaire désigné par la décision du Tribunal mixte ne serait pas le bénéficiaire véritable.

(2) *Supra*, n^{os} 23 et 85.

(3) *Supra*, n^{os} 103 et suiv.

(4) « Il fallait mettre à la disposition de tout acquéreur ou propriétaire de l'immeuble une procédure simple, peu coûteuse, lui permettant d'asseoir sa propriété, de la purger de toutes les charges et des droits réels qui ne seraient pas révélés en temps utile ». Plus loin, au sujet de l'Act Torrens : « Les tiers ainsi dépouillés par leur négligence perdent tout recours contre l'immeuble, mais ils conservent une action en dommages-intérêts ». Plus loin encore : « La procédure d'immatriculation et de purge constitue pour tous ceux qui prétendent des droits sur un immeuble une mise en demeure énergique d'avoir à les faire valoir sous peine de déchéance ».

de la loi permettent de soutenir que la rédaction n'a pas trahi la pensée du législateur. Des doutes ont été cependant émis dans la *Revue Algérienne* par un des plus autorisés commentateurs de la loi foncière (note sous un jugement du Tribunal mixte du 15 décembre 1909, *R. A.*, 11, 2, 389) ⁽¹⁾. « Les raisons, écrit M. E. H. Labbe, qui ont fait refuser le bénéfice de la purge au débiteur personnel doivent conduire, semble-t-il, à refuser le bénéfice de l'extinction des droits réels par la procédure d'immatriculation aux constituants mêmes de ces droits. D'ailleurs, la loi foncière ne paraît pas avoir subordonné l'existence des droits réels, entre les parties, à l'inscription de ces droits. Par conséquent, dans les rapports entre les parties, ces droits subsistent quoique non inscrits ». On peut répondre que les art. 19 et 38 n'autorisent aucune distinction, que le mot « purge », qui n'est d'ailleurs pas dans le texte, n'a pas ici son sens juridique ordinaire, qu'enfin on doit se garder de confondre des principes différents, celui de la purge résultant de l'immatriculation énoncé dans l'art. 19 et ceux de la publicité et de la force probante institués dans l'intérêt exclusif des tiers par les art. 15 et 16. L'immatriculant purgerait donc les droits réels qu'il aurait lui-même constitués. Il resterait, bien entendu, un droit de créance et on ne saurait hésiter, dans ce cas particulièrement flagrant, à reconnaître à la partie lésée l'action en dommages-intérêts que prévoit l'art. 38 *in fine* ⁽²⁾. Ce recours devait toujours assurer une réparation équitable dans le système de 1885, qui instituait un fonds d'assurance pour le cas d'insolvabilité de l'auteur du dommage.

On peut noter dans la jurisprudence, des flottements au sujet de cette question. En voici un exemple : un arrêt de la cour d'Alger du 5 juillet 1902 (*R. A.*, 05, 2, 48 et note) déclare dans ses motifs que si l'immatriculation crée « un titre de propriété définitif et exclusif en affranchissant le dit immeuble de toute revendication postérieure provenant des tiers, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit d'oppositions formées par un co-propriétaire ou par tout autre ayant cause » ⁽³⁾.

(1) Sur le jugement du Tribunal mixte du 15 janvier 1906, cité dans cette note, *supra*, n° 79, note.

(2) En ce qui concerne les créances hypothécaires, l'immatriculation n'a nullement pour effet de faire disparaître les dettes que l'immatriculant peut avoir contractées, mais seulement les sûretés réelles attachées aux créances. Pour les autres droits réels, voir au sujet de l'action en dommages-intérêts, *infra*, nos 126 et suiv.

(3) Dans cette espèce, l'appelant, qui avait laissé prononcer l'immatriculation au profit de l'intéressé comme seul propriétaire, prétendait se prévaloir d'un apport de l'immeuble consenti par son adversaire antérieurement à la réquisition à une société dont il était membre.

D'une manière générale, la jurisprudence du Tribunal de Tunis semble faire une application stricte du principe de la purge des droits antérieurs : 19 novembre 1894, (*R. A.*, 95, 2, 226); 20 mars 1895, (*R. A.*, 95, 2, 358); 15 mars 1905, (*J. T.*, 05, 378); 4 décembre 1912, (*J. T.*, 13, 468) ⁽¹⁾.

§ 2. — Modalités d'application

115. — EFFETS DU RÉGIME MATRIMONIAL. — Des immeubles ont été immatriculés au profit de personnes mariées sous le régime de la communauté de biens, sans que le Tribunal mixte ait dit s'il immatriculait à titre de bien propre ou à titre d'acquêt. Toutefois, l'état-civil complet du propriétaire comportant la date du mariage, le nom du conjoint et le régime adopté figure sur le titre. La Cour de Tananarive, statuant sur un cas de ce genre, le 17 avril 1907, a admis implicitement que si l'immatriculation avait été prononcée au nom du mari seul, les droits de la femme auraient été perdus (*R. A.*, 10, 2, 124 et note) ⁽²⁾. Le Tribunal de Tunis en a jugé autrement le 20 janvier 1909 (*R. A.*, 10, 2, 60 et note). J'estime que ce faisant il n'a point violé l'art. 19. Le titre, par l'état-civil du propriétaire, avertissait les tiers que l'immeuble pouvait être commun et que le Tribunal mixte ne s'était pas prononcé sur ce point. Il leur appartenait, dès lors, de rechercher si la propriété était un propre ou un acquêt : recherche facile, puisqu'il suffisait de s'enquérir du mode d'acquisition et de sa date et de rapprocher celle-ci de la date du mariage. Cependant, il vaut mieux, il est plus conforme au vœu de la loi, que le Tribunal mixte précise : c'est ce qu'il fait actuellement (*T. M.*, 30 déc. 1907 et rapport du juge, *R. A.*, 10, 2, 93) ⁽³⁾.

116. — VENTE SOUS CONDITION SUSPENSIVE. PROMESSE DE VENTE. — *Quid* de la vente sous condition suspensive et spécialement sous la condition que la propriété vendue sera immatriculée ? Dans ce cas,

(1) La législation de l'Afrique Occidentale contient la disposition suivante : « Les détenteurs de créances hypothécaires ou privilégiées et les bénéficiaires de charges foncières tenues directement du propriétaire qui a poursuivi l'immatriculation peuvent seuls... requérir, même après achèvement de la procédure, l'inscription de leurs droits sur le titre foncier sous la double réserve de ne point préjudicier à d'autres droits régulièrement inscrits et de ne prendre rang qu'à compter de leur inscription ». *Idem*, Indo-Chine (art. 363).

(2) Cette doctrine étrange est encore admise aujourd'hui à Madagascar (*LOTA, op. cit.*, n° 121). Elle paraît avoir été consacrée par d'autres arrêts de la Cour de Tananarive. La chose est d'autant plus grave que le régime matrimonial des malgaches est une sorte de communauté.

(3) En ce qui concerne les inscriptions du conservateur, *infra*, n° 427.

la demande d'immatriculation doit être faite au nom du vendeur, car, tant que la condition est pendante, l'acquéreur n'est pas propriétaire. Mais la vente doit être dénoncée dans la réquisition ou si elle ne l'a pas été, l'acquéreur doit intervenir dans le délai des oppositions afin que le Tribunal mixte constate le transfert de la propriété à son profit. A défaut, la vente serait anéantie parce que, la condition réalisée, la vente est réputée avoir produit ses effets au jour où elle a été consentie, donc antérieurement à la demande d'immatriculation. Quant à la promesse de vente, elle ne transfère pas la propriété avant l'adhésion de l'acheteur et, lorsque cette adhésion se produit, le transfert a lieu sans rétroactivité. Son effet n'est donc pas purgé faute de dénonciation au Tribunal mixte. Noter d'ailleurs que la promesse de vente ne peut, en principe, faire l'objet d'une inscription : la loi n'a prévu l'inscription de la promesse de vente que quand elle est adjointe à un bail (art. 372) ⁽¹⁾, et dans ce cas la question se confond avec celle des baux.

117. — BAUX ET AUTRES DROITS PERSONNELS SOUMIS A LA PUBLICITÉ. — L'art. 17 prévoit l'inscription de tout bail dépassant une année, à défaut de quoi il ne serait pas opposable aux tiers. Les baux non dénoncés au Tribunal mixte sont-ils, dès lors, purgés par l'immatriculation ? Le Tribunal de Tunis, dans une décision du 23 mai 1894 (*R. A.*, 94, 2, 401), a jugé que l'art. 19 n'était point applicable parce qu'il vise seulement les droits réels; or le droit du locataire n'est pas un droit réel. Peu de temps après, le 12 novembre 1894 (*R. A.*, 95, 2, 22), le même tribunal a décidé, conformément à l'art. 17, que le bail dont le Tribunal mixte n'aurait pas ordonné l'inscription n'était pas opposable aux tiers acquéreurs. Il n'y a pas de contradiction entre ces deux décisions. Il résulte de cette jurisprudence que les tribunaux peuvent ordonner l'inscription d'un bail antérieur à l'immatriculation, si l'immeuble est encore entre les mains de l'immatriculant. Cependant, le tribunal paraît avoir perdu de vue, dans un jugement du 14 juin 1905 (*J. T.*, 06, 84), la distinction qu'il avait faite antérieurement entre les droits réels, seuls visés par l'art. 19, et le droit personnel du preneur à bail.

118. — CONTRAT DE MOGHARSA. — Il en est de même du contrat de *mogharsa*, dont il sera plus amplement parlé au chapitre de la publi-

(1) *Infra*, nos 448 et 449

cité (*infra*, n° 450). Le *mogharsi* est un acquéreur sous condition suspensive; il est, jusqu'à la réalisation de la condition, assimilable *mutatis mutandis* à un preneur à bail. Il ne possède, jusqu'à la fructification des arbres, aucun droit réel sur l'immeuble. Qu'on le considère comme acquéreur sous condition suspensive ou comme preneur à bail, son droit n'est pas purgé par l'immatriculation. Sur ce point tout au moins, les décisions du Tribunal mixte, qui ont déclaré que ses droits ne seraient pas anéantis si le jugement d'immatriculation n'ordonnait pas l'inscription du bail à *mogharsa*, paraissent fondées (*T. M.*, 2 nov. 1903; *J. T.*, 04, 248, *R. A.*, 05, 2, 143 et note critique de M. Morand; 18 juin 1904, *J. T.*, 04, 644) ⁽¹⁾. Mais si la plantation est arrivée à la période de production, le *mogharsi* est devenu co-propriétaire et l'immatriculation, contrairement à ce qui a été parfois jugé, doit être, pour partie, prononcée à son profit. On a, à bon droit, critiqué les jugements qui ont déclaré que le *mogharsi* n'a pas de droit réel jusqu'au partage. C'est la fructification qui réalise la condition sous laquelle a eu lieu l'acquisition : le partage n'a pas pour effet de créer le droit du complanteur, mais de mettre fin à l'indivision qui est née le jour où les arbres ont produit (Morand, note précitée; Louis Milliot, *L'association agricole chez les musulmans du Maghreb*; Rectenwald, *R. A.*, 22-23, 284, et *infra*, n° 450).

119. — SERVITUDES. — L'art. 154 décide que les servitudes naturelles et les servitudes légales ne sont pas assujetties à l'inscription. Le Tribunal mixte estime que, n'ayant pas à ordonner l'inscription de ces servitudes, il n'a pas à examiner les contestations qui peuvent s'élever à leur sujet entre les propriétaires, au moment de l'immatriculation. Dans certaines décisions non rapportées dans les recueils, le Tribunal mixte s'est en outre déclaré incompétent pour statuer sur des servitudes de vue revendiquées par des opposants à l'encontre de l'immeuble à immatriculer, dès lors que la servitude dont l'existence est alléguée ne résultait pas d'un titre, et il a renvoyé les parties à se pourvoir devant la juridiction de droit commun. D'après la jurisprudence du Tribunal mixte, le droit musulman n'admet pas l'établissement des servitudes par la possession ni par la destination du père de famille ⁽²⁾. Donc, ou bien il y a un titre et alors c'est une

(1) Dans certains cas, le Tribunal mixte s'est arrêté à une solution ambiguë, déclarant qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'inscription des *mogharsas*, mais faisant cependant mentionner sur les titres l'existence de ces contrats.

(2) Voir à ce sujet : *Des droits et obligations entre propriétaire d'héritages voisins*, trad. BARBIER, *R. A.*, 00, 1, 114. *Notes sur les servitudes de vue et de jour en droit musulman*, trad. KHAIRALLAH, *J. T.*, 04, 576 et suiv.

servitude conventionnelle susceptible d'inscription, ou il n'y a pas de titre et alors il ne peut y avoir qu'une servitude résultant de la situation des lieux ou de la loi. Pour déterminer la portée de cette jurisprudence, il importe de prévenir une confusion sur le sens de l'expression « servitude établie par titre ». Il s'agit de toute servitude résultant d'une convention et non pas de la servitude constatée par un acte (*infra*, n° 224, note). Le Tribunal mixte peut et doit statuer sur les servitudes d'origine conventionnelle, même en l'absence d'écrit, d'après tous les modes de preuve admissibles.

120. — HYPOTHÈQUES. — En ce qui concerne les hypothèques, le Tribunal mixte distingue entre le droit principal, la créance, et le droit accessoire, l'hypothèque. S'il ne lui est pas justifié de l'extinction de l'hypothèque, il est tenu d'ordonner l'inscription de celle-ci. Mais sa décision relative au droit réel n'a pas pour effet d'empêcher le débiteur d'opposer au créancier des exceptions relatives à la créance, antérieures à l'immatriculation. Notamment, faute de mainlevée partielle, le Tribunal ordonne l'inscription de l'hypothèque pour la somme pour laquelle elle a été constituée, sans préjudice du droit, pour l'immatriculant, de se prévaloir des versements d'acomptes qu'il a pu effectuer (*T. M.*, 7 mai 1914 et note, *R. A.*, 15, 2, 38). Inversement, l'omission de l'hypothèque au jugement d'immatriculation ne purgerait pas l'obligation principale qui deviendrait une créance chirographaire.

121. — HYPOTHÈQUES FORCÉES. — Le Tribunal mixte a encore jugé que l'immatriculation ne purge pas l'hypothèque forcée que la loi accorde au vendeur non payé dans le cas où l'acte de vente ne contient pas constitution d'une hypothèque volontaire (16 novembre 1922, *R. A.*, 23, 2, 192) ⁽¹⁾. Le raisonnement du Tribunal est celui-ci : la juridiction française a seule qualité pour accorder une hypothèque forcée, le Tribunal mixte n'a pas ce pouvoir; d'autre part l'hypothèque forcée ne peut être qu'une charge postérieure au dépôt de la réquisition, puisque les conditions nécessaires pour que cette hypothèque puisse être acquise ne sont réalisées que par le passage de l'immeuble sous l'empire de la loi foncière « L'hypothèque forcée étant une garantie susceptible d'être acquise par le vendeur à la suite

(1) Il n'y a pas en Tunisie de privilège du vendeur. Sur les hypothèques forcées, *infra*, nos 287 et suiv

d'une décision de justice, en considération de la qualité de sa créance, peut être établie par la juridiction compétente tant que la créance existe, avec la qualité de créance du vendeur et que l'immeuble est encore la propriété de l'acheteur... Cette hypothèque ne devant produire effet que du jour de son inscription et non rétroactivement du jour de la vente, son établissement n'aurait rien de contraire aux grands principes sur lesquels est basée la loi foncière ». La solution donnée à cette question délicate paraît rationnelle. Il semble, en effet, qu'il ne s'agisse pas, en matière d'hypothèque forcée, de droits antérieurs auxquels la purge de l'immatriculation serait opposable, mais de sûretés réelles accordées par la loi foncière après immatriculation à des créances antérieures. La jurisprudence du Tribunal mixte laisse donc intact le principe posé par l'art. 19.

122. — IMMATRICULATION SOUS RÉSERVES. — Enfin une question d'une portée plus générale que les précédentes : le Tribunal mixte peut-il prononcer l'immatriculation sous certaines réserves, apportant ainsi des tempéraments d'espèce à la règle de la purge des droits antérieurs ? L'affirmative a été admise dans différents cas. « Rien ne s'oppose, dit dans ses motifs un jugement du Tribunal de Tunis, du 14 juin 1905, à ce que les énonciations du titre d'immatriculation soient libellées et calculées de manière à ménager à certaines parties la possibilité de faire valoir en justice, postérieurement, certaines actions dont le germe existait à l'état latent dans les actes ou faits antérieurs à l'immatriculation » (*J. T.*, 06, 87). Il est peut-être excessif de dire que « rien ne s'y oppose » étant donné les termes de l'art. 19. Mais, par contre, il est juste de reconnaître qu'en présence de certaines situations, le Tribunal mixte s'est trouvé dans l'alternative de rejeter purement et simplement la demande d'immatriculation ou de réserver les droits des intéressés : d'une part, il ne pouvait être question de faire table rase de ces droits pour des motifs d'équité, d'autre part, il était impossible, soit juridiquement, soit matériellement, d'assurer leur conservation en ordonnant leur inscription immédiate.

L'immatriculation sous réserves paraît devoir être approuvée en principe. La jurisprudence, en adaptant l'art. 19 aux circonstances de fait, a accompli en cette matière l'œuvre qui lui est propre. Le Tribunal mixte, possédant des pouvoirs discrétionnaires pour admettre ou rejeter la demande d'immatriculation peut limiter, pour un cas déterminé, l'effet de sa décision, par application de la règle « qui

peut le plus peut le moins ». Pratiquement, sa solution est la meilleure possible et la plus raisonnable : les tiers sont avertis, par la réserve portée sur le titre, de l'existence de droits non inscrits sur lesquels ils seront à même de recueillir des éléments d'appréciation, ils ne sauraient donc se plaindre. A plus forte raison, l'immatriculant qui évite ainsi le rejet de sa demande. Toutefois, l'usage de ces réserves a été et doit rester très exceptionnel. En outre, les réserves doivent être précises; elles doivent avoir pour objet des droits réels, susceptibles d'entrer dans le cadre de ceux prévus par la loi foncière: le titre doit permettre d'identifier les personnes qui en bénéficient. Des réserves de droits de jouissance ou d'usage au profit des indigènes de telle région, de telle tribu ou de tel *douar* sont à écarter parce que les droits à garantir sont mal déterminés et ne peuvent, dans leur état actuel, être rangés dans l'une des catégories légales et, d'autre part, parce que la collectivité bénéficiaire ne constitue pas une personne morale et que les individus qui la composent ne sont pas identifiés. Il est des cas où, pour la bonne tenue du livre foncier, il vaut mieux rejeter l'immatriculation.

SECTION III

AUTORITÉ DES INSCRIPTIONS PRISES EN VERTU DE LA DÉCISION D'IMMATRICULATION

123. — CONTESTATIONS QUI PEUVENT SURGIR APRÈS L'IMMATRICULATION. — Nous avons examiné les conséquences de la purge résultant de l'immatriculation au regard des droits dont le Tribunal mixte n'a pas ordonné l'inscription. Il y a une autre face de la question : les conséquences de la purge en ce qui concerne les droits inscrits sur le titre en vertu de la décision d'immatriculation. Ces droits, que la décision a consacrés, sont-ils désormais inattaquables ? En ce qui concerne le droit de propriété lui-même, cela ne fait évidemment aucun doute : l'immeuble étant purgé de toutes prétentions contraires, le droit de l'immatriculant est à l'abri de toute contestation. En est-il de même des droits réels qui grèvent l'immeuble ?

Sans doute, l'exactitude des énonciations du jugement du Tribunal mixte, relatives à la détermination des titulaires de ces droits, ne

peut pas être remise en question. Les noms des bénéficiaires ont été soumis à l'épreuve de la publicité légale et le Tribunal mixte a fait porter ses investigations sur le point de savoir si les personnes désignées étaient bien les véritables titulaires des charges relevées. Mais les causes de nullité qui pouvaient atteindre les droits eux-mêmes sont-elles effacées ? En vertu de la décision d'immatriculation, les bénéficiaires d'une inscription de rente d'*enzel* ou d'hypothèque peuvent-ils repousser toute réclamation dirigée contre eux par un cessionnaire, par un co-héritier, par l'héritier véritable, s'ils n'étaient qu'héritiers apparents ou légataires en vertu d'un testament plus tard déclaré nul ? Ce ne sont là que des exemples, les cas les plus divers et les plus intéressants peuvent se présenter.

124. — INTENTIONS DU LÉGISLATEUR. — Les textes paraissent, à première vue, généraux et impératifs. D'après l'art. 19, le titre de propriété établi en suite d'immatriculation est le point de départ unique des droits existant sur l'immeuble et le décret français de 1888 déclare le titre définitif et inattaquable. Il y a cependant lieu d'hésiter sur la solution. La mission du Tribunal mixte est de définir la consistance et l'état juridique de l'immeuble au jour du dépôt de la réquisition; mais c'est surtout au point de vue de l'étendue des charges grevant la propriété que la détermination des droits réels est intéressante pour le but que la loi poursuit. Les bénéficiaires peuvent changer, les droits s'éteindre sans que la sécurité des transactions et du crédit en soit compromise, car les tiers qui ont traité de bonne foi, avec les titulaires inscrits et ont fait eux-mêmes inscrire leurs conventions sont, de toute manière, garantis contre les contestations. On ne saurait donc se prévaloir avec certitude de l'intention du législateur.

125. — LIMITES DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE. — On ne peut pas davantage invoquer, dans un certain nombre de cas, l'autorité de la chose jugée. Il n'y a pas identité d'objet. En général, le Tribunal mixte n'a pas statué, n'a pas eu à statuer, sur des difficultés qui n'ont pas été soulevées devant lui. Il s'est attaché à rechercher si le requérant était le véritable propriétaire et s'il n'y avait pas de charges autres que celles dénoncées, spécialement au profit d'incapables ou d'absents. Il a exigé aussi qu'il lui soit justifié par des actes de la régularité des droits réels. Mais quant à ceux sur lesquels personne n'a présenté d'observation, le tribunal n'a pu qu'en vérifier la régu-

larité apparente. Seuls les points sur lesquels des oppositions avaient été formulées ont été débattus contradictoirement.

Dans une affaire où, d'ailleurs, la question de la purge des droits antérieurs ne se posait pas, le Tribunal de Tunis a émis l'opinion qu'il y avait lieu de restreindre la portée du principe en ce qui concerne les droits autres que la propriété : « L'inscription d'une charge de cette nature (hypothèque) est immuable, dit-il, en ce qui concerne le rang qu'elle lui confère, mais l'inscription d'un acte, même ordonnée par jugement du Tribunal mixte, ne saurait avoir pour effet d'attribuer à cet acte une valeur absolue et définitive et de priver les parties intéressées du droit d'en demander la nullité » (8 juillet 1914, et note de E. H. Labbe, *R. A.*, 15, 2, 193). Le juriste éminent qui a commenté ce jugement dans la *Revue Algérienne* estime que la portée des décisions du Tribunal mixte doit être rigoureusement limitée à l'objet en vue duquel l'institution a été créée, c'est-à-dire « la déclaration de propriété et la détermination des droits réels qui affectent cette propriété » et que, dans le cas où le Tribunal mixte se serait prononcé sur la validité d'un acte, la portée de la chose jugée serait à restreindre « dans les limites les plus strictes ». Si l'objet n'est pas absolument le même et s'il n'y a pas indivisibilité entre les objets, il ne faut pas hésiter à admettre un nouvel examen de l'acte par la juridiction de droit commun.

SECTION IV

RECOURS EN DOMMAGES-INTÉRÊTS

DES PERSONNES LÉSÉES PAR L'IMMATRICULATION

126. — LIMITATION AU CAS DE DOL. — L'art. 38 réserve à toute personne lésée par l'immatriculation une action personnelle en dommages-intérêts, mais seulement en cas de dol et contre l'auteur du dol. Telle est, du moins, la loi, dans sa rédaction actuelle. Le texte de 1885, accordait au contraire, sans condition, à toute personne lésée, l'action en dommages-intérêts. La deuxième sous-commission, qui a préparé la révision de 1892, estimant, dit son rapport, cette disposition « assez vague pour laisser planer une menace sur le propriétaire d'un immeuble immatriculé », a jugé nécessaire de « préciser

la rédaction de l'art. 38 de manière que le propriétaire qui est de bonne foi ne puisse être inquiété ».

127. — CRITIQUE. — Il faut remarquer tout d'abord que la rédaction de 1892 a traduit très imparfaitement les intentions de ses auteurs ⁽¹⁾.

Le dol suppose des manœuvres destinées à tromper la personne qui en est victime, tout au moins des affirmations mensongères ou des réticences intentionnelles. Le requérant qui a omis, par inattention ou par suite d'une circonstance fortuite, de déclarer dans sa demande d'immatriculation des charges de l'immeuble dont il avait connaissance et qui, plus tard, cherche à profiter de l'erreur commise, n'est pas de bonne foi et cependant il n'a pas commis de dol proprement dit. Et ceci n'est qu'un exemple; on pourrait citer d'autres cas où l'immatriculant est de mauvaise foi sans qu'on puisse établir à son encontre des faits de dol caractérisés.

Mais peut-on même justifier la restriction que les auteurs du texte de 1892 ont voulu apporter à l'exercice de l'action en dommages-intérêts ? C'est fort discutable. Autant se justifie l'extinction de toute action réelle parce qu'elle est une condition nécessaire de la réforme foncière, autant il est difficile de considérer comme légitime une disposition qui consacre au profit de l'immatriculant, même de bonne foi, un enrichissement aux dépens d'autrui. Sur ce point, comme dans la question du fonds d'assurance, la commission de 1892 a été mal inspirée en détruisant les mesures par lesquelles le législateur de 1885 avait assuré la réparation légitime de toutes les erreurs qui pourraient être commises au cours de l'immatriculation. Loin de favoriser le développement de la réforme foncière, les changements de 1892 ont entravé ce développement; la modification de l'art. 28 et la suppression du fonds d'assurance sont à l'origine des hésitations de la jurisprudence quant à la portée de la purge des droits antérieurs; elles ont été aussi la cause de nombreuses décisions de rejet.

128. — JURISPRUDENCE. — Lorsqu'ils se sont trouvés en présence d'erreurs nettement démontrées, les tribunaux se sont efforcés d'admettre, dans la plus large mesure possible, les actions en dommages-intérêts. Ils se sont, en général, ingéniés à établir que l'immatricu-

(1) Cependant la plupart de nos législations coloniales ont reproduit l'expression du texte tunisien, Congo, art. 38. Afrique Occidentale, art. 123. Madagascar, art. 119. Maroc, art. 64. Indo-Chine, art. 364.

lation avait été obtenue par dol. comme dans l'espèce soumise à la Cour d'Alger le 4 avril 1900 (*R. A.*, 00, 2, 378) et à la Cour de cassation le 20 octobre 1902 (*R. A.*, 02, 2, 392) ⁽¹⁾. Un jugement du tribunal de Tunis du 13 décembre 1905, va plus loin : il déclare que « la jurisprudence des tribunaux français, soucieuse d'éviter les souffrances particulières, quels que fussent les sacrifices à faire à l'intérêt général, n'a appliqué l'art. 38 de la loi foncière qu'avec des tempéraments pleins de bienveillance et d'équité, qu'elle a toujours admis qu'une faute lourde était équipollente au dol pour l'application de l'art. 38 ⁽²⁾ et donnait, comme la fraude caractérisée elle-même, ouverture à l'action en dommages-intérêts, qu'on est ainsi arrivé à exiger des immatriculants, non pas seulement la bonne foi, mais encore la prudence ou plutôt l'absence d'imprudence caractérisée et coupable » (*J. T.*, 06, 223). Un autre jugement de Tunis a même basé sa décision sur le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, mais la Cour d'Alger n'a pas suivi le Tribunal et a justifié la condamnation à des dommages-intérêts en recherchant chez l'immatriculant une intention dolosive (Alger, 7 juin 1909, et note, *R. A.*, 13, 2, 18). Certaines décisions ont, par contre, refusé l'action en dommages-intérêts à la partie qui avait fait opposition devant le Tribunal mixte et dont l'opposition avait été rejetée par cette juridiction, fût-ce pour vice de forme. Un arrêt de la Cour d'Alger, du 14 octobre 1901, s'exprime ainsi : « Cette disposition (l'art. 38) ne saurait profiter à ceux qui, après être intervenus dans l'instance relative à l'immatriculation, ont vu leur demande rejetée. Admettre le contraire serait leur laisser la faculté d'échapper, en suivant une voie détournée, aux conséquences désormais acquises d'une situation de fait et de droit tranchée par une décision définitive et contre laquelle, pour supprimer toute incertitude sur l'état de la propriété en Tunisie et sauvegarder la sécurité des transactions immobilières, le législateur n'admet et n'autorise aucune possibilité de recours » (*R. A.*, 01, 2, 523). Dans le même sens, Tunis, 10 janv. 1906 (*J. T.*, 06, 228) et 24 oct. 1906 (*J. T.*, 07, 24). Le même tribunal a accueilli la demande de dommages-intérêts dans une espèce où le demandeur qui avait fait opposition devant le Tribunal mixte s'était laissé forclore par suite de manœuvres dolosives de l'immatriculant (7 avril 1906, *J. T.*, 06, 488).

(1) Voir également Tunis, 12 avril 1899 (*J. T.*, 99, 399) admettant l'intention dolosive de l'immatriculant, Alger, 12 février 1900 (*J. T.*, 01, 175) réformant le jugement de Tunis et de nouveau, Tunis, 15 mai 1901 (*J. T.*, 01, 460).

(2) Même affirmation dans un jugement du 7 avril 1906 (*J. T.*, 06, 488).

Il est en somme assez difficile de dégager une doctrine précise du texte qui est mal fait et de la jurisprudence qui a été dominée par des considérations d'espèce. Il semble qu'il ne faille pas prendre le mot « dol » dans son sens habituel, mais dans le sens de « mauvaise foi » qu'a voulu lui donner la commission de 1892. Dès lors, on ne saurait assimiler la faute lourde au dol. Mais les tribunaux auraient néanmoins plus de latitude pour accueillir les demandes en dommages-intérêts.

129. — UTILITÉ D'UNE RÉFORME. — Si la loi était soumise à une révision nouvelle, j'estime qu'il conviendrait de revenir à l'ancien texte, mais en précisant que l'action en dommages-intérêts doit être basée sur des faits ou des documents sur lesquels le Tribunal mixte n'a pas été appelé à se prononcer. L'opposant dont les prétentions auraient été jugées mal fondées ne peut pas, en effet, être admis à renouveler celles-ci devant la juridiction de droit commun⁽¹⁾. L'action en dommages-intérêts de l'art. 38 ne doit pas devenir une voie de recours contre les décisions du Tribunal mixte, mais, sous la réserve de l'exception de chose jugée, il serait souhaitable que l'action permettant d'indemniser les personnes lésées par l'immatriculation fût plus largement ouverte.

SECTION V

DISPOSITIONS SPÉCIALES RELATIVES AU DOMAINE PUBLIC

§ 4. -- Exception à la purge des droits antérieurs

130. — TEXTE ET JURISPRUDENCE. — Aux termes du dernier alinéa de l'art. 42, « les parties du domaine public comprises dans un immeuble immatriculé ne sont pas assujetties à l'immatriculation et les droits qui s'y appliquent subsistent indépendamment de toute inscription ». Ce langage assez obscur signifie qu'une exception, la seule qui soit inscrite dans la loi, est apportée au principe de la

(1) Il ne semble pas d'ailleurs que le texte de 1885 ait été interprété comme autorisant sans restriction l'action en dommages-intérêts. V. Tunis, 17 janvier 1889 (*R. A.*, 89, 2, 338).

purge des droits antérieurs par l'immatriculation. La purge n'est pas opposable à l'Etat et aux communes en ce qui concerne les dépendances du domaine public. Si l'immatriculant a fait englober dans le bornage de sa propriété une parcelle du domaine public, il n'est pas nécessaire que le Directeur général des Travaux publics, chargé de la gestion de ce domaine, fasse opposition, et que le Tribunal mixte ordonne l'exclusion de la parcelle comprise à tort dans le bornage : cette parcelle, bien que comprise dans le périmètre de l'immeuble immatriculé, continuera à appartenir au domaine public. La décision du Tribunal mixte ne préjudiciera pas à l'Etat et aux usagers⁽¹⁾. Elle ne mettra pas obstacle à la procédure de délimitation tracée par le décret du 26 septembre 1887. Une action en revendication demeurera également recevable (Tunis, 26 juillet 1897, *J. T.*, 97, 436). C'est même à tort, semble-t-il, que le jugement précité déclare que l'immatriculation a établi une présomption de propriété au profit de l'immatriculant⁽²⁾.

Dans la pratique actuelle, les jugements d'immatriculation réservent toujours expressément les droits du domaine public et le conservateur reproduit cette réserve sur les titres de propriété. Mais l'absence de réserve n'autoriserait pas l'immatriculant ni les ayants cause de celui-ci à méconnaître les droits du domaine, puisque ces droits résultent de la loi elle-même (Sousse, 26 déc. 1901, *J. T.*, 02, 319).

131. — OPPOSITIONS DU DOMAINE PUBLIC. — Il arrive assez souvent que l'administration fasse connaître, sous forme d'opposition, les prétentions qu'elle émet au sujet des limites du domaine public par rapport aux propriétés à immatriculer. Ces oppositions, improprement dites, ne sont pas soumises aux règles ordinaires : elles peuvent être formulées hors délai, sans qu'on puisse leur opposer la forclusion (*T. M.*, 11 février 1907, réquisition 8768, non publié). Elles tendent seulement à des inscriptions à titre indicatif. Le Tribunal mixte, sans apprécier leur mérite, ordonne qu'elles seront mentionnées sur le titre sous réserve des droits des parties. Il ne semble pas qu'elles soient limitatives et que l'administration ne puisse plus, à l'avenir, faire valoir des revendications autres ou plus amples que celles in-

(1) L'opposition d'un propriétaire voisin, basée sur ce qu'un chemin public, le séparant de la propriété en cours d'immatriculation, aurait été englobé dans le bornage de celle-ci ne serait pas recevable (*T. M.*, 28 octobre 1911, *R. A.*, 12, 2, 251).

(2) Il est seulement exact de dire que l'administration, demeresse à un action en revendication, a la charge de la preuve (Tunis, 19 janvier 1902, *J. T.*, 02, 391).

diquées lors de l'immatriculation : la consistance définitive du domaine public ne résulte que du décret de délimitation. Cependant, si le requérant déclare adhérer aux prétentions de l'administration, le Tribunal mixte constate l'accord des parties et il en est fait mention sur le titre. D'après un jugement du 3 juin 1903 (*J. T.*, 03, 348 et note), il y a lieu, dans cette dernière hypothèse, de rectifier le bornage, et les droits respectifs du domaine public et de l'immatriculant sont, dès lors, fixés d'une manière irrévocable.

132. — LIMITES DE L'EXCEPTION. — La disposition de l'art. 42 s'applique à tous les biens corporels qui composent le domaine public. Ceux-ci sont énumérés aux art. 1^{er} et 6 du décret du 24 septembre 1885, et comprennent notamment les sources de toute nature et tous les cours d'eau même non navigables ni flottables, sous la réserve « des droits privés de propriété, d'usufruit ou d'usage légalement acquis » antérieurement au dit décret ⁽¹⁾.

Mais il ne paraît pas résulter des termes de l'art. 42 que le législateur ait en vue les servitudes au profit du domaine public. Celles-ci ne sont pas des parties matérielles du domaine public susceptibles d'être comprises dans un immeuble immatriculé. Elles sont des biens incorporels. L'administration aurait donc la charge de veiller à leur inscription lors de l'immatriculation si elles n'étaient dispensées de la publicité en vertu de l'art. 154. Or, on pourrait soutenir que la disposition exceptionnelle de l'art. 154 s'applique seulement aux servitudes légales énumérées dans le chap. II du titre VIII de la loi. Les servitudes militaires *non oedificandi*, en particulier, ne s'y trouvent pas visées.

133. — CRITIQUE. — La disposition de l'art. 42 et la pratique qui s'est établie pour son application instituent un système incontestablement défectueux. L'exception admise se justifie sans doute, elle repose sur les principes de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité des biens du domaine public. Mais il est fâcheux de voir figurer une réserve vague sur des titres de propriété dont les principaux mérites sont, par ailleurs, la clarté et la précision. Le propriétaire et les tiers qui traitent avec lui ne sont pas fixés sur la portée de cette réserve. Même et surtout lorsque l'administration a fait inscrire des revendications : les revendications ne sont généralement pas bornées, elles

(1) Le décret du 25 mai 1920, sur les eaux, organise une procédure de purge des droits privés.

concernent souvent des pistes, des *oueds* ou des sources non figurés sur le plan ou figurés avec une autre appellation que celle indiquée par l'administration des Travaux publics. Il est difficile de s'y reconnaître et le conservateur est quelquefois embarrassé pour savoir quelles revendications il doit reporter sur les nouveaux titres en cas de morcellement de l'immeuble. Le Tribunal mixte, incompetent toutes les fois qu'il s'agit du domaine public, est conduit à passer outre à l'immatriculation dans des cas où le requérant a empiété, d'une manière évidente, sur la voie publique ou sur la rive de lacs ou de cours d'eau, de sorte que l'administration elle-même pâtit de cette situation; elle est, pour le moins, obligée de recourir à des formalités compliquées et coûteuses pour faire ensuite distraire des titres de propriété les parcelles qui appartiennent au domaine public.

134. — PROPOSITION DE RÉFORME. — Il serait sans doute possible de trouver des solutions plus satisfaisantes sans que les droits de l'Etat fussent mis en péril. Au lieu que l'immatriculation et la délimitation du domaine public se contrarient l'une l'autre, elles devraient se faciliter réciproquement. Pour obtenir ce résultat, il ne serait même pas nécessaire de charger le Tribunal mixte de statuer sur les limites du domaine public. Il suffirait que l'administration profitât de la procédure d'immatriculation pour faire délimiter ses revendications.

Les chemins, cours d'eau ou sources de quelque importance seraient toujours bornés, même d'office, par le topographe chargé du bornage de l'immeuble à immatriculer. Le Tribunal mixte ordonnerait l'exclusion des parcelles qu'au vu du bornage l'administration déclarerait revendiquer, sauf recours en indemnité dans les cas où le propriétaire se prétendrait lésé. Les parcelles non revendiquées seraient seules immatriculées et il serait admis qu'elles seraient désormais purgées des revendications du domaine public.

§ 2. — Incorporation à des immeubles immatriculés de parcelles déclassées du domaine public

135. — PROCÉDURE SPÉCIALE. — Les limites des propriétés subissent des modifications par suite des alluvions, des relais, du changement de cours des fleuves ou encore par suite de rectification des chemins publics qui les bordent ou les traversent. Le législateur a

voulu que les titres de propriété puissent recevoir les modifications correspondantes sans qu'il fût nécessaire de recourir à une nouvelle procédure d'immatriculation. L'art. 75 dispose que, dans ces cas, la rectification du titre et du plan est simplement autorisée par le tribunal de la situation de l'immeuble. La procédure a donc lieu devant le tribunal civil, sur simple requête, après que le service topographique a borné la parcelle à incorporer. Dans le cas de redressement de chemin, qui est, de beaucoup, le plus fréquent, le tribunal se prononce au vu d'un acte intervenu entre l'administration représentant le domaine public et le propriétaire.

136. — CRITIQUE. — L'incorporation à un immeuble immatriculé produit, bien entendu, les mêmes effets que l'immatriculation elle-même : tous droits antérieurs, s'il en existait sur les parcelles incorporées, seraient purgés. Cela, sans qu'aucune publicité ait mis les tiers en mesure de faire valoir leurs droits. Le législateur a considéré qu'il n'y aurait pas de droits antérieurs par cela seul qu'on se trouverait dans l'un des cas prévus par la loi. Il semble bien, qu'en effet, il doive en être ainsi dans tous les cas visés par l'art. 75. Mais l'administration des Travaux publics a eu une tendance à faire une application extensive de cette disposition. La procédure sur requête rend possibles certaines surprises et il est à craindre que quelques demandes d'incorporation aient été admises sans contrôle suffisant. Le jugement du Tribunal mixte du 11 février 1907 (réquisition 8768), déjà cité ci-dessus, a fort bien mis en lumière les dangers d'une pratique qui créerait, à côté de la procédure ordinaire, une procédure d'immatriculation clandestine. Le seul remède est actuellement dans le contrôle exercé par le conservateur. Le jugement rendu sur requête par le tribunal appartenant à la juridiction gracieuse et n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, le conservateur est en effet fondé à refuser de procéder à l'incorporation si l'on ne se trouve pas dans l'un des cas prévus par l'art. 75. Au point de vue législatif, il y aurait intérêt, tout en maintenant une procédure simplifiée pour la rectification des titres de propriété, de confier l'examen des demandes au Tribunal mixte, dans les attributions duquel elles entrent naturellement.

DEUXIEME PARTIE

**LA PROPRIÉTÉ IMMATRICULÉE
ET LES DROITS RÉELS IMMOBILIERS**

CHAPITRE PREMIER

DES LOIS APPLICABLES A LA PROPRIÉTÉ IMMATRICULÉE

§ 1. — Statut réel

137. — PRINCIPE GÉNÉRAL. APPLICATION AUX IMMEUBLES DE LA LOI TERRITORIALE. — C'est une règle bien établie du droit international privé que la propriété et les droits réels immobiliers sont gouvernés, quant à leur nature, leur étendue, leurs éléments, leur mode d'exercice et la publicité qu'ils doivent recevoir, par la loi du pays où se trouve l'immeuble. Cette règle est la consécration du principe de droit public que la souveraineté territoriale est indivisible.

138. — HISTORIQUE. — Il en est ainsi en Tunisie, nonobstant les capitulations. En effet, le droit d'acquérir et de posséder des immeubles dans la Régence de Tunis a été reconnu aux étrangers, qui n'en jouissaient pas auparavant, par le pacte fondamental du 10 septembre 1857. Or l'art. 11 du pacte leur a concédé ce droit « à la condition qu'ils soient soumis aux règlements existants ou qui pourront être établis, sans qu'ils puissent s'y soustraire ».

Les conventions internationales ont confirmé cette disposition du pacte fondamental (traité avec l'Angleterre du 10 octobre 1863, traité avec l'Italie du 8 septembre 1868, art. 19 *in fine* ⁽¹⁾). La France, qui jouissait, en vertu d'une convention de 1824, du traitement de la nation la plus favorisée, obtint expressément le même droit, sous la même condition, par le décret du Bey du 12 juillet 1871.

Toutefois, les consuls, lorsqu'ils étaient saisis d'un litige immobilier entre européens, étaient autorisés à combler, au moyen de la loi nationale, les lacunes de la loi territoriale.

D'autre part, comme nous allons le voir, les successions des européens étaient régies par la loi nationale du défunt, même en ce qui concerne les biens immobiliers.

(1) Cour d'appel de Gènes, 27 avril 1883, *Journ. du droit intern.*, 85, 433. Cass. 20 avril 1891, rapport et note, *R. A.*, 91, 2, 425.

139. — ART. 1 ET 2 DE LA LOI FONCIÈRE. — Ces explications éclairent les art. 1 et 2 de la loi foncière. Aux termes de l'art. 1^{er}, la loi nouvelle régit exclusivement les immeubles immatriculés. Aux termes de l'art. 2, modifié en 1886, « les dispositions du code civil français qui ne sont contraires, ni à la présente loi, ni au statut personnel ou aux règles des successions des titulaires de droits réels immobiliers s'appliquent, en Tunisie, aux immeubles immatriculés et aux droits réels sur ces immeubles ».

De l'art. 1^{er}, il résulte que, comme auparavant, les immeubles de Tunisie sont régis par la loi locale. Cette loi est double : droit musulman en ce qui concerne les immeubles non immatriculés, loi du 1^{er} juillet 1885 en ce qui concerne les immeubles immatriculés. De l'art. 2, il y a à dégager deux principes : 1° la loi du 1^{er} juillet 1885 a pour complément les dispositions non contraires du code civil français; 2° l'état, la capacité, les rapports de famille, les donations et les successions des titulaires de droits réels immobiliers continuent à être gouvernés par la loi nationale de ceux-ci.

140. — APPLICATION DU CODE CIVIL FRANÇAIS. — La disposition de l'art. 2 relative au code civil, doit être interprétée à la lumière du principe qu'en Tunisie, comme en tout autre pays, la propriété immobilière et les droits réels sur les immeubles sont régis par la loi territoriale. La loi du 1^{er} juillet 1885 forme le code de la propriété immatriculée. Elle n'est pas, à la vérité, entrée dans tous les détails de cette matière très étendue, mais elle a posé les principes fondamentaux, au sommet desquels figurent ceux de publicité et de force probante. Pour le surplus seulement, c'est-à-dire pour les questions qu'elle n'a pas elle-même réglementées ou dont la réglementation ne doit pas être déduite des principes qu'elle a posés, elle a renvoyé aux dispositions du code français. L'histoire des origines et le texte de l'art. 2 imposent cette règle générale d'interprétation : *le code civil français n'est applicable aux immeubles immatriculés de Tunisie qu'à titre complémentaire, et s'il apparaît qu'un texte du code civil est contraire à l'une des dispositions fondamentales de la loi foncière, il faut en rejeter l'application* ⁽¹⁾. Nous aurons souvent à in-

(1) Un arrêt de la Cour de cassation s'exprime ainsi dans un de ses motifs : « Le législateur tunisien a expressément prévu le cas où il y aurait incompatibilité entre une disposition de la loi foncière et la loi française en assurant par l'art. 2 de la loi du 1^{er} juillet 1885 la prédominance de la première sur la seconde ». (Cass. req. 1^{er} juillet 1920, R. A., 21, 2, 149).

sister sur cette règle : le législateur tunisien n'a pas explicitement résolu tous les problèmes que soulevaient les principes nouveaux, mais son intention d'adopter ces principes est certaine et il appartient à l'interprète d'en dégager les conséquences.

A proprement parler, le code civil n'est même jamais applicable à la propriété et aux droits réels sur les immeubles immatriculés. Le législateur tunisien s'est approprié certains articles du code français, mais, quand le juge s'y réfère, ce n'est pas le code français qu'il applique, c'est la volonté du législateur tunisien, c'est l'art. 2 de la loi foncière.

De cette idée, on doit logiquement déduire que les modifications apportées après 1885 aux dispositions du code civil, relatives à la propriété et aux droits réels, ne sont pas applicables aux immeubles immatriculés si elles n'ont pas été l'objet d'une promulgation spéciale en Tunisie ⁽¹⁾.

Par contre, on peut admettre que l'art. 2 n'a pas suffisamment traduit la pensée de ses auteurs. Cet article ne renvoie qu'au code civil. C'est l'ensemble du droit civil français, antérieur à 1885, qui constitue, à mon sens, le complément de la loi foncière. Nous ferons, par exemple, l'application de cette idée et de la précédente dans la matière de l'emphytéose ⁽²⁾.

Limité, ainsi qu'il vient d'être dit, par le principe de la souveraineté territoriale, limité, d'autre part, par le domaine de la loi personnelle en ce qui concerne les tunisiens et les étrangers, le champ d'application de notre droit civil est encore très vaste :

1° Dans la matière de la propriété et des droits réels, qui est le domaine propre de la loi territoriale, le législateur de 1885 a adopté et reproduit presque littéralement une partie des chapitres du code civil.

2° En vertu de l'art. 2, nous empruntons au code civil celles des règles du partage qui ne relèvent pas de la loi nationale des co-partageants, la théorie générale des contrats, la réglementation de la vente, du bail à loyer, des sociétés, du prêt à intérêt, du mandat. Les actions en nullité, rescision et résolution des constitutions et transmissions de droits réels faites à titre onéreux sont donc gouvernés par les prescriptions de notre code. Nous admettrons, sous certaines réserves, le droit de rétention et la séparation des patrimoines.

(1) Comp. LESCURE, *op. cit.*, p. 212, note 1. Tunis, 23 janvier 1913. *J. T.*, 14, 185.

(2) *Infra*, n° 208.

3° Les lois françaises régissent l'état, la capacité, les rapports de famille, les donations et les successions de nos nationaux.

4° Enfin, dans les matières mêmes qui sont réservées à la loi personnelle des étrangers, le code français trouve d'importantes applications, parce que, comme nous le verrons, nos tribunaux doivent imposer l'observation des prescriptions de la loi française qui sont d'ordre public international.

§ 2. — Statut personnel et successions

141. — APPLICATION DE LA LOI PERSONNELLE ⁽¹⁾. — La réserve du statut personnel et successoral ne figurait pas dans le texte de 1883. Elle a été ajoutée lors de la première révision de la loi en 1886, mais cette addition n'a eu pour objet que de consacrer une situation de droit ou de fait, déjà acquise en ce qui concerne les européens et de préciser la pensée du législateur, en ce qui concerne les tunisiens.

En effet, l'Italie, dont le code civil, promulgué en 1865, applique aux conflits de lois la théorie de la personnalité du droit (art. 6, 7 et 8), avait fait insérer, dans la convention de 1858, une clause expresse ainsi conçue : « Les donations et les successions, quand même elles auraient pour objet des biens immobiliers, seront réglées par les lois italiennes ou tunisiennes, selon que le donateur ou le défunt appartiendra à l'une ou l'autre nation ». Les successions immobilières des étrangers de toutes nationalités jouissaient, en fait, du même régime. Un jugement du Tribunal de Tunis, du 21 février 1889, s'exprime à ce sujet dans les termes suivants : « Attendu que, d'après les coutumes tunisiennes, les successions sont régies en Tunisie, même en ce qui concerne les biens immobiliers, par la loi nationale du défunt; attendu que ce principe a été consacré par le traité conclu entre l'Italie et la Tunisie le 8 septembre 1868; qu'il a été étendu par l'usage à tous les étrangers et qu'il est particulièrement applicable aux français en vertu du traité du 15 novembre 1824, qui leur a concédé pour l'avenir tous les avantages de la nation la plus favorisée » (*R. A.*, 89, 2, 357; *Journ. du dr. intern.*, 89, 675).

142. — DIFFÉRENCE AVEC LA RÈGLE FRANÇAISE. — Ce régime — il est important de le souligner — s'écarte d'une façon très remarquable

(1) LESCURE, *op. cit.*, p. 24 et suiv. AUDINET, *De la compétence des tribunaux français d'Algérie dans les contestations entre étrangers*, *R. A.*, 87, 1, 280. WEISS, *Traité de droit international privé*, t. IV, p. 525. Raymond SCAMAMA, *Conflits des lois en Tunisie*.

de celui qui prévaut dans la métropole. D'après l'interprétation généralement donnée à l'art. 3 du code civil, le législateur français a consacré, en matière de conflit des lois, la doctrine traditionnelle des statuts. La législation de la Tunisie se rattache, au contraire, comme le droit italien, à la doctrine moderne de la personnalité du droit. On sait, en effet, que la principale divergence entre les deux systèmes se produit à propos des successions. D'après la jurisprudence française, les successions immobilières sont régies par la *lex rei sitae*. Les traités, les usages suivis avant le protectorat et l'art. 2 de la loi foncière commandent des solutions toutes différentes en ce qui concerne les immeubles de Tunisie, immatriculés ou non ⁽¹⁾.

143. — THÉORIE DU RENVOI. — Une difficulté se présente si la loi nationale de l'étranger renvoie pour le règlement de la succession à la loi du domicile. Ainsi font la loi anglaise et quelques autres. Quelle loi appliquera-t-on aux successions des sujets anglais domiciliés et décédés en Tunisie ? A la vérité, la *lex domicilii* n'existe pas. En Tunisie, il n'y a, en cette matière, que des lois personnelles : la loi des musulmans, la loi des israélites non européenisés, la loi des français, les lois des étrangers. Pour ce motif, et en raison de la fiction d'exterritorialité résultant des capitulations, on aurait dû admettre que le renvoi ne se produit pas.

Mais la jurisprudence ne s'est pas rangée à cette manière de voir et n'a pas, par ailleurs, dégagé de doctrine ferme. La Cour d'Alger a adopté des solutions profondément divergentes pour les seuls sujets anglais dont elle ait eu à s'occuper, à savoir les israélites originaires de Gibraltar, aux successions desquels elle a appliqué tantôt le code français (12 mai 1926, *R. A.*, 27, 2, 11; *D.* 30, 2, 485 et note de M.

(1) Les tribunaux, imbus de la théorie traditionnelle, ont quelquefois perdu de vue cette différence considérable que la jurisprudence du Tribunal de Tunis avait cependant dégagée dans la première période du Protectorat (Tunis, 29 juin 1896, *J. T.*, 97, 343). Les motifs suivants d'un arrêt de la Cour d'Alger du 19 décembre 1923 (*J. T.*, 24, 116) en témoignent suffisamment : « Attendu que l'art. 1^{er} de la loi foncière tunisienne du 1^{er} juillet 1885 précise que ses dispositions ne régissent que les immeubles immatriculés et les droits réels sur ces immeubles; que dans l'art. 2 de cette même loi, il est dit que ses dispositions l'emportent aussi bien sur celles du Code civil que sur le statut personnel ou les règles des successions des titulaires de droits réels immobiliers (?); attendu donc qu'il résulte de ces deux textes rapprochés et combinés que la loi foncière s'applique à l'exclusion de toute autre loi dès qu'il s'agit d'un immeuble immatriculé ». On trouvera une erreur semblable dans le passage suivant d'un note par ailleurs très exacte de M. J. Perroud sous un jugement de Tunis « la dévolution successorale dépend au contraire de la loi personnelle du *de cuius*, réserve faite, bien entendu, des immeubles » (*Journ. du dr. intern.*, 27, 459). V. également note de M. Chauveau sous l'arrêt d'Alger du 12 mai 1926 (*D.*, 30, 2, 485).

Chauveau), tantôt la loi de Moïse (12 janvier 1931, *J. T.*, 31, 110; D., 33, 2, 101, et note de M. Chauveau) ⁽¹⁾.

144. — RESTRICTIONS RÉSULTANT DE L'ORDRE PUBLIC. — L'application de la loi nationale aux questions d'état, de capacité, aux rapports de famille, aux donations et successions des étrangers, est limitée sur le territoire de la Tunisie, comme sur le territoire de la métropole, par les règles de la loi française qui sont d'ordre public international. Le Tribunal de Tunis l'affirmait dans son jugement du 21 février 1889, en ces termes : « Attendu que le demandeur ne saurait invoquer, devant une juridiction française, un droit successoral dérivant d'un statut personnel que la loi française repousse comme contraire à la loi morale et à l'ordre public » (*R. A.*, 89, 2, 357). Cette affirmation est fondée ⁽²⁾. Nos tribunaux jugent en Tunisie en vertu de la souveraineté française, ils jouissent du privilège d'exterritorialité, ils ont les mêmes droits et les mêmes devoirs que s'ils étaient en territoire français ⁽³⁾. En acceptant leur juridiction, les puissances étrangères ont nécessairement accepté les prescriptions d'ordre public qui lient les juges eux-mêmes. Les traités ne laissent d'ailleurs pas de doute sur ce point : l'art. 4 du protocole franco-italien du 25 janvier 1884 se réfère aux règles du droit international privé et l'art. 11 de la convention franco-italienne du 28 septembre 1896, relatif à l'*exequatur* des jugements et arrêts rendus en Italie, dispose que le tribunal français aura à constater que les dits jugements et arrêts « ne contiennent aucune disposition contraire à l'ordre public et au droit public de l'Etat ».

145. — STATUT PERSONNEL DES INDIGÈNES. — Ces restrictions à l'application des lois étrangères, qui résultent de l'ordre public, ne

(1) V. également le jugement du Tribunal de Tunis du 2 avril 1924, réformé par l'arrêt de 1926 (*J. T.*, 25, 12). Il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'examiner dans le détail les nombreuses questions de droit international qui se posent en Tunisie. Je ne puis que signaler l'utilité d'un travail d'ensemble. Les plus regrettables confusions se produisent. Pour en citer un autre exemple, le Tribunal de Tunis, approuvé par le commentateur de la Revue algérienne, a appliqué à une succession la loi des héritiers au lieu de la loi du *de cuius* (13 janvier 1926 et note, *R. A.*, 26, 2, 152; *J. T.*, 26, 146. Note critique de M. J. PERROUD, *Journ. du dr. intern.*, 27, 459).

(2) En principe, mais dans l'espèce, le tribunal l'étendait à tort à la succession d'un algérien (*infra*, n° 145).

(3) Attendu qu'au regard de la juridiction française établie en Tunisie, le territoire de la Régence, en vertu du principe d'exterritorialité, est territoire français ... Attendu que les règles du statut personnel étranger ne peuvent être appliquées en Tunisie, que dans la mesure où elles ne sont pas en opposition avec les principes d'ordre public métropolitain. Tunis, 13 janvier 1926, précité (*R. A.*, 26, 2, 152, et note, *Journ. du dr. intern.*, 28, 459).

doivent pas, toutefois, être étendues aux indigènes tunisiens ou algériens. Le conflit entre le statut musulman ou mosaïque et la loi française est continu : la polygamie, le droit de *djebr*, la répudiation, le *lévirat* des israélites, le privilège de masculinité dans les successions musulmanes et, plus encore, l'exclusion totale des filles dans les successions juives, sont en opposition évidente avec l'ordre public français. Il n'est cependant pas douteux que les règles du statut indigène s'imposent aux tribunaux français d'Algérie ⁽¹⁾. « Le sénatus consulte de 1865, les décrets de 1866, de 1874, de 1886 et de 1889, a écrit M. Larcher ⁽²⁾, proclament le maintien du droit musulman et des coutumes indigènes en termes tellement absolus qu'il faut reconnaître qu'ils s'appliquent, alors même qu'ils sont contraires à l'ordre public, alors même qu'ils blessent nos idées d'équité et nos croyances morales, alors même qu'ils contredisent aux dispositions de notre législation pénale ». La jurisprudence algérienne se conforme au principe du respect du statut personnel, non sans s'efforcer d'ailleurs d'y apporter quelques tempéraments d'équité. Lorsque les tribunaux de Tunisie ont à trancher des questions se rattachant au statut personnel et aux successions d'indigènes (ils ont compétence, en ce qui concerne les algériens et en ce qui concerne les tunisiens ayant reçu d'une puissance européenne une patente de protection ⁽³⁾), ils sont liés, de la même manière que les tribunaux d'Algérie, par les règles du statut personnel et successoral musulman ou mosaïque et n'ont pas le pouvoir d'écarter certaines d'entre elles comme contraires à l'ordre public ⁽⁴⁾.

146. — COMBINAISON DE LA LOI PERSONNELLE AVEC LA LOI TERRITORIALE. — Dans les opérations immobilières en Tunisie, les points de contact entre la loi personnelle et la loi territoriale sont nombreux,

(1) Pour les israélites d'Algérie qui ne sont pas devenus citoyens français le sénatus-consulte prévoit la conservation de leur statut personnel sans viser les successions: la jurisprudence de la Cour de cassation a appliqué à celles-ci en Algérie la loi française, mais cette jurisprudence qui est basée sur la doctrine statutaire ne saurait être étendue, à mon avis, aux successions des israélites algériens, non citoyens français, fixés en Tunisie; ces successions sont régies par la mosaïque.

(2) *Op. cit.*, n° 600. V. également MORAND, *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*.

(3) Ils sont également compétents si toutes les parties sont justiciables de la juridiction française. (*Infra*, n° 152).

(4) M. Raymond Scemama écrit « La loi tunisienne ou étrangère a beau n'être pas « en communauté internationale » avec la loi française, la juridiction française est tenue d'appliquer intégralement cette loi ». Cela est vrai quant aux droits de famille et aux successions des musulmans et israélites, mais inexact, à mon avis, en ce qui concerne le conflit avec la loi étrangère.

mais la démarcation entre le domaine de l'une et celui de l'autre s'établit, en général, sans grande difficulté. La capacité des contractants, le régime matrimonial ⁽¹⁾, la dévolution des successions sont les trois grandes questions du statut personnel qui interviennent le plus souvent dans l'application du régime foncier. C'est la tâche quotidienne du conservateur de vérifier les actes présentés à l'inscription en se plaçant, pour ces trois points fondamentaux, au point de vue de la législation nationale ou religieuse des propriétaires ou titulaires de droits réels. Au contraire, la propriété et les droits réels, considérés objectivement, sont gouvernés par la *lex rei sitae* : la loi foncière, complétée par le code civil, détermine exclusivement la nature, les effets, l'exercice et la publicité des droits immobiliers. Sur quelques points seulement la loi personnelle et la loi territoriale se combinent d'une manière plus étroite et le conflit des lois soulève des problèmes que nous aurons à examiner : ce sont particulièrement la séparation des patrimoines, les effets du partage et les hypothèques légales : le *habous* donne lieu à une controverse que nous retrouverons au chapitre suivant à propos de la compétence.

(1) Pour certaines catégories de la population, le régime matrimonial soulève les questions les plus ardues.

CHAPITRE II

RÈGLES DE COMPÉTENCE

§ 1. — Compétence immobilière

147. — TRANSFERT DE LA COMPÉTENCE IMMOBILIÈRE A LA JUSTICE FRANÇAISE. — « Les immeubles immatriculés, dit l'art. 20 de la loi foncière, ressortiront exclusivement et d'une manière définitive à la juridiction des tribunaux français ».

Cette disposition a transféré entièrement à nos tribunaux la compétence que possédait auparavant le *Charaa*, quelle que soit la nationalité des parties en cause. Sur ce point, la jurisprudence est unanime et, depuis longtemps, la question ne se plaide plus (Tunis, 14 mars 1892, *R. A.*, 92, 2, 237; Alger, 17 mars 1894, *R. A.*, 94, 2, 382; Alger, 2 nov. 1895, *R. A.*, 96, 2, 482).

148. — IMMEUBLES EN INSTANCE D'IMMATRICULATION ⁽¹⁾. — De même, il résulte clairement du texte que c'est l'immatriculation et non pas la demande d'immatriculation qui a pour effet de faire passer l'immeuble sous l'empire de la juridiction française (Tunis, 8 mai 1895, *J. T.*, 95, 371; Tunis, 14 mars 1898, *J. T.*, 98, 232; Tunis, 16 déc. 1918, *J. T.*, 19, 97). Mais de sérieuses difficultés se présentent si des litiges s'élèvent au sujet d'actes intervenus pendant l'instance en immatriculation (Alger, 23 oct. 1912, *R. A.*, 13, 2, 177 et note de M. E. H. Labbe » ⁽²⁾).

149. — ETENDUE DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS. — Il y a, au contraire, des divergences de vues sur la portée de l'art. 20 en ce qui concerne la nature des actions soumises à la juridiction française. On s'est demandé si toutes les actions ayant un rapport quelconque avec l'immeuble immatriculé ressortissent aux tribunaux français ou seulement les actions réelles et immobilières. Selon la deuxième opinion, le jugement des contestations, autres que celles

(1) Sur l'application des art. 35 et 36, *supra*, nos 81 et suiv.

(2) Sur la compétence en ce qui concerne les parcelles se rattachant à une propriété immatriculée, mais exclues de l'immatriculation, *infra*, n° 154.

ayant le caractère d'actions réelles immobilières, appartiendrait à la justice tunisienne lorsque toute les parties sont tunisiennes.

La jurisprudence oscille entre ces deux théories.

Le Tribunal de Tunis s'était autrefois déclaré compétent pour connaître de toutes les contestations auxquelles donnent lieu les immeubles immatriculés et de toutes les questions accessoires se rattachant à ces contestations (14 mars 1892, *R. A.*, 92, 2, 237; 13 juin 1892, *R. A.*, 92, 2, 448). Plus tard, il a jugé que sa compétence se limitait aux actions qui sont de nature à affecter soit la consistance matérielle de l'immeuble, soit sa situation juridique (20 mars 1907, *J. T.*, 07, 363; 13 mars 1910, *J. T.*, 12, 74)⁽¹⁾. Le Tribunal de Sousse s'est rallié à cette manière de voir (28 déc. 1911, *J. T.*, 13, 652). En 1916, le Tribunal de Tunis est revenu à sa première jurisprudence : une interprétation large de l'art. 20, dit-il, est manifestement conforme à l'intention du législateur qui a voulu donner à la propriété immatriculée des garanties particulières, en soumettant aux tribunaux français tous les procès ayant un rapport quelconque avec l'immeuble et assurer ainsi l'unité de juridiction (24 janv. 1916, *J. T.*, 16, 152 et note).

Malgré cette décision de principe, un certain flottement a continué à se manifester; tandis qu'un jugement du 21 janv. 1920 (*R. A.*, 21, 2, 81 et note) reconnaît compétence au tribunal pour statuer sur une demande en paiement d'une créance hypothécaire, un autre jugement du 7 décembre 1921 (*J. T.*, 22, 53) a déclaré que la fixation d'une indemnité d'expropriation appartenait à la juridiction tunisienne, en raison de la nationalité des parties en cause.

150. — SOLUTION DE LA CONTROVERSE. — Je n'accepte entièrement ni l'une, ni l'autre interprétation. Les décisions rendues dans les deux sens ne paraissent pas avoir examiné de très près les classifications de la procédure. A mon avis, la compétence des tribunaux français ne se limite pas aux actions réelles et immobilières qui sont en petit nombre. L'art. 20 ne comporte pas cette restriction considérable : il est, au contraire, très général. Le décret du Président de la République du 17 juillet 1888, dit que les litiges relatifs aux droits réels sur les immeubles immatriculés ressortiront aux juridictions françaises. Cette formule, pas plus que celle de l'art. 20, ne vise les seules actions réelles immobilières. On peut même penser, avec le

(1) V. cependant Tunis, 17 oct. 1906 (*J. T.*, 06, 643).

jugement de 1916, que le législateur entendait réaliser, dans la plus large mesure possible, l'unité de juridiction qui est extrêmement désirable ⁽¹⁾. Il est cependant nécessaire de délimiter la compétence de l'art. 20, celle-ci étant, malgré tout, une compétence exceptionnelle, et il ne suffit pas, pour cela, de parler des contestations « qui ont un rapport quelconque avec l'immeuble immatriculé ». J'estime qu'il conviendrait de considérer comme régies par l'art. 20, non seulement les actions réelles immobilières, mais encore les actions personnelles immobilières qui sont, d'ailleurs, rares, et toutes les actions mixtes immobilières qui, elles, sont nombreuses.

151. — COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE POURSUITES. — Elle appartient exclusivement à la juridiction française, non seulement en vertu de l'art. 20, mais encore par application de l'art. 299. Ce texte prévoit expressément que l'expropriation des immeubles immatriculés sur la poursuite des créanciers et la distribution du prix à en provenir auront lieu suivant les formes « réglées par les lois de la procédure », désignant ainsi les formes de la procédure française. C'est donc que seuls les tribunaux français sont compétents pour y procéder.

§ 2. — Compétence en matière de statut personnel, de successions et de habous

152. — COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX RELIGIEUX TUNISIENS. — Aux termes de l'art. 2 du décret beylical du 31 juillet 1884, qui a concédé aux tribunaux français la compétence dans des cas où ne l'avaient pas auparavant les consuls, le règlement des contestations relatives au statut personnel et aux successions des sujets tunisiens, musulmans ou israélites, demeure réservé aux tribunaux religieux. Il résulte, d'autre part, de l'art. 2 de la loi foncière, que cette loi a entendu ne pas toucher au statut personnel et aux successions. On doit, par suite, tenir pour certain que l'art. 20 n'est pas applicable aux contestations relevant du statut personnel et successoral des tunisiens et que le jugement de ces contestations continue d'appartenir au *Charaa* ou au Tribunal rabbinique ⁽²⁾. Toutefois, la juridiction fran-

(1) Le rapport Pontois s'exprime ainsi : « L'art. 20 place sous la juridiction des tribunaux français toutes les contestations immobilières se rapportant à des immeubles immatriculés ».

(2) Dans le même sens, LESCURE, *op. cit.*, p. 324. Le tribunal de Tunis a jugé que cette incompétence doit être relevée d'office (12 juin 1890, *J. T.*, 93, 245; 26 décembre 1894, *J. T.*, 97, 246).

gaise serait compétente, en vertu de l'art. 2 de la loi française du 27 mars 1883 ⁽¹⁾, si la question à trancher s'agissait entre parties qui seraient toutes justiciables des tribunaux français (Cass. req., 3 nov. 1897, *J. T.*, 98, 21, et Cass. civ., 6 juin 1899, *J. T.*, 99, 417).

153. — CONTROVERSE AU SUJET DES HABOUS. — Une question grave et délicate se pose en ce qui concerne les *habous*. Elle se rattache à une controverse ancienne sur la nature juridique du *habous*. Pour les uns, le *habous* appartient au statut réel; en Tunisie, les tribunaux français peuvent donc connaître des contestations qui y sont relatives dans les mêmes conditions que de toute autre action immobilière. Il y a dans ce sens une jurisprudence constante du Tribunal de Tunis (19 mai 1893, *R. A.*, 93, 2, 492; 21 juillet 1893, *J. T.*, 93, 348; 19 mars 1920 et note, *R. A.*, 21, 2, 224). Cette jurisprudence a été approuvée en Tunisie par M. Lescure (*op. cit.*, p. 113), en Algérie par M. Morand (*Etude sur la nature juridique du habous*, *R. A.*, 04, 1, 83 et suiv. *Etudes de droit musulman algérien*, p. 223).

Au contraire, la Cour d'Alger juge que le *habous* dépend du statut personnel; les tribunaux français de Tunis sont donc incompétents (23 janvier 1893, *J. T.*, 93, 140; 21 novembre 1907, *J. T.*, 08, 550; 8 juin 1911 et note, *R. A.*, 14, 2, 196).

La Cour de cassation sanctionne la jurisprudence de la Cour d'Alger en ce qui concerne le *habous* algérien ⁽²⁾. Au sujet du *habous* tunisien, elle ne paraît pas avoir pris parti d'une manière aussi nette. Elle a admis la compétence de la juridiction française dans le cas, d'ailleurs exceptionnel, où toutes les parties en cause sont des européens ou protégés européens (Cass. req., 3 nov. 1897, et Cass. civ., 6 juin 1899, précités); elle a également jugé que les tribunaux français n'excèdent pas leur compétence lorsqu'ayant à statuer sur un contrat litigieux, dont l'examen leur appartient normalement, ils sont amenés à rechercher les conditions de validité de ce contrat au point de vue de la législation tunisienne des *habous* (Cass. civ., 23 juillet 1901, *J. T.*, 02, 88).

Aucune des décisions ci-dessus rappelées ne vise spécialement l'art. 20 de la loi foncière. La question ne s'est pas posée, dans les premières années du protectorat, parce que peu de propriétés *habous* étaient

(1) « Ils (les tribunaux) connaissent de toutes les affaires civiles et commerciales entre français et protégés français ». Disposition devenue applicable, par suite de la suppression des tribunaux consulaires, aux nationaux et protégés des puissances étrangères.

(2) Cass., 20 nov. 1900, *R. A.*, 01, 2, 1. Cass., 12 juin 1903, *R. A.*, 03, 2, 245.

immatriculées. Il n'en est plus de même aujourd'hui et notre article peut être fréquemment invoqué. Je considère comme exacte la théorie qui rattache à la loi territoriale l'institution du *habous* telle que cette institution subsiste en Tunisie. Mais le principe admis, il ne faut pas, à mon avis, lui donner une portée absolue et méconnaître que la constitution en *habous* n'a pas seulement pour effet de créer un mode spécial de la propriété, mais aussi de modifier la dévolution légale des successions et qu'elle est même le plus souvent employée dans ce but. En tant qu'il rend un immeuble immatriculé inaliénable et insaisissable, le *habous* relève de la *lex rei sitae* et, partant, de la juridiction française. Mais les litiges qui surgissent entre les héritiers légaux du constituant et les dévolutaires de la fondation, ou entre les dévolutaires en désaccord sur leurs droits respectifs, peuvent ne soulever que des questions de succession et sont, dans ce cas, réservés au *Charaa*. Les tribunaux de Tunisie ont parfois admis plus ou moins explicitement cette distinction (Sousse, 27 juin 1889, *J. T.*, 93, 279; Tunis, 6 janv. 1896, *J. T.*, 96, 486; Tunis, 4 avril 1900, *J. T.*, 00, 295).

§ 3. — Contiguïté d'immeubles immatriculés et non immatriculés

154. — LÉGISLATION ET COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE LIMITES ET DE SERVITUDES. — L'art. 20 de la loi foncière renferme une deuxième disposition : « En cas de contestation sur les limites ou les servitudes d'immeubles contigus, lorsque l'un d'eux sera immatriculé et que l'autre ne le sera pas, la juridiction française sera seule compétente et il sera fait application de la présente loi » ⁽¹⁾.

Notons d'abord que les contestations sur les limites doivent être rares et soulever peu de difficultés. La consistance de l'immeuble immatriculé a été déterminée *erga omnes* et sans recours possible par la décision d'immatriculation. Il suffit d'appliquer le plan qui est toujours établi avec une rigoureuse précision. Un arrêt de la Cour de cassation a paru, il est vrai, donner une portée toute autre à la disposition qui nous occupe : la juridiction française serait compétente pour statuer sur les limites d'une parcelle exclue de l'immatriculation par le Tribunal mixte (Cass., 18 oct. 1893, *R. A.*, 93, 2, 524).

(1) L'art. 20 est une disposition d'ordre exceptionnel qui ne saurait être étendue à d'autres litiges que ceux portant sur les limites ou les servitudes. Le droit de *chefaa* doit s'exercer conformément à la loi qui régit le fonds objet de la préemption. (*Infra*, n° 168, note).

Mais c'est à bon droit que le Tribunal de Tunis a toujours refusé de se rallier à la doctrine de cet arrêt qui méconnaît les effets de la décision de rejet (22 janv. 1902, *J. T.*, 02, 71; 9 avril 1902, *J. T.*, 02, 317; 16 déc. 1918, *J. T.*, 19, 97). Il n'est pas à croire que la Cour de cassation persisterait dans sa jurisprudence.

En ce qui concerne les servitudes, par contre, les contestations peuvent être fréquentes et il est particulièrement important de savoir quel tribunal est compétent et surtout quelle législation est applicable, car les règles de la loi foncière et celles du droit musulman sont différentes sur beaucoup de points. Spécialement, la loi foncière est plus libérale que la coutume musulmane pour le droit de vue.

Bien que la disposition de l'art. 20 paraisse claire, une controverse s'est élevée au sujet de son interprétation. Il a été soutenu et jugé que le texte s'applique seulement aux servitudes qui grèvent le fonds immatriculé, c'est-à-dire aux servitudes passives (Tunis, 24 janv. 1894, *R. A.*, 98, 2, 335; Tunis, 24 oct. 1906, *J. T.*, 07, 20; Alger, 13 nov. 1907 et note, *R. A.*, 09, 2, 204). On donne, à l'appui de cette opinion, divers arguments que je crois pouvoir résumer ainsi : 1° L'immatriculation ne peut produire d'effet que pour l'immeuble qu'elle concerne; elle ne saurait modifier la situation juridique des propriétés voisines. 2° Rapprochant l'art. 20 de l'art. 19, on doit décider que la règle édictée s'applique seulement au cas où la contestation porte sur les droits réels reconnus par l'immatriculation et inscrits sur le titre de propriété; or la jurisprudence du Tribunal mixte est aujourd'hui fixée en ce sens qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'inscription de la servitude sur le titre du fonds dominant; seules les servitudes passives sont inscrites.

Ces raisons ne sont pas décisives. La première n'est guère qu'une affirmation, elle ne saurait prévaloir contre un texte formel qui ne renferme aucune restriction. La seconde est exacte dans son point de départ : il y a, en effet, à mon avis, une impossibilité matérielle à l'inscription des servitudes actives (matérielle et non pas juridique, car, au contraire, l'art. 368 de la loi foncière a prévu expressément leur inscription ⁽¹⁾). Mais de ce que la servitude n'est pas inscrite, on

(1) L'inscription de la servitude sur le titre du fonds dominant serait dépourvue de portée au profit ou à l'encontre des tiers intéressés si elle n'était corroborée par une inscription correspondante sur le titre du fonds servant; or les deux immeubles n'étant pas immatriculés en même temps et faisant l'objet de procédures de purge indépendantes l'une de l'autre, il n'est pas possible d'assurer la concordance des inscriptions, (*Infra*, n° 429).

ne doit pas conclure que la loi foncière ne saurait la régir et qu'elle reste nécessairement sous l'empire du droit musulman et de la juridiction tunisienne. L'argument est d'ailleurs sans portée en ce qui concerne les servitudes dérivant de la situation des lieux qui sont dispensées d'inscription; or la question est surtout intéressante pour le droit de vue. Le voisinage de propriétés immatriculées et de propriétés non immatriculées créait une situation particulière que le législateur devait régler en choisissant entre l'ancienne loi et la nouvelle; l'art. 20 a indiqué nettement son choix. Plusieurs fois les tribunaux ont jugé qu'il convenait d'appliquer le texte sans faire une distinction qu'il ne comporte pas entre les servitudes actives et les servitudes passives (Alger, 23 mai 1898, *R. A.*, 98, 2, 339; Tunis, 7 févr. 1900, *R. A.*, 00, 2, 450). Cette jurisprudence doit prévaloir ⁽¹⁾.

(1) La note précitée sous l'arrêt de 1907, (*R. A.*, 09, 2, 204) s'attache longuement à réfuter la doctrine que nous repoussons. Elle fait notamment remarquer qu'on arriverait au résultat singulier suivant : après l'immatriculation comme avant, l'immeuble qui en aura bénéficié, obligé de se conformer aux règles du droit musulman, n'aura pas le droit d'avoir des vues sur l'immeuble non immatriculé, alors que celui-ci aura le droit, en vertu de la loi foncière, d'avoir désormais des vues sur l'immeuble immatriculé à condition d'observer les conditions établies par cette loi.

CHAPITRE III

DES IMMEUBLES ET DROITS RÉELS IMMOBILIERS

SECTION I

GÉNÉRALITÉS

155. — CLASSIFICATION. — Les art. 3 à 12 de la loi foncière ont reproduit, sans modification notable, les art. 517 à 526 du code civil. Nous distinguons donc, comme en France, trois classes de biens immobiliers : les immeubles par nature, les immeubles par destination, les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Pour l'interprétation des textes, il y a lieu de se référer à la doctrine et à la jurisprudence françaises.

156. — ENUMÉRATION LIMITATIVE DES DROITS RÉELS IMMOBILIERS. — L'art. 13 énumère les droits réels immobiliers suivants : la propriété, l'*enzel*, la rente de l'*enzel*, l'usufruit, l'usage et l'habitation, la superficie, les servitudes foncières, l'antichrèse, les privilèges et les hypothèques. Ces droits seront examinés dans les sections suivantes du présent chapitre, sauf les privilèges et les hypothèques, qui feront l'objet d'une étude spéciale dans la III^e partie de cet ouvrage.

L'énumération de l'art. 13, qui n'a pas été empruntée au code civil, doit être considérée comme limitative. Il ne saurait y avoir d'autres démembrements de la propriété que ceux qui ont été définis et réglementés par la loi. Sans doute, il existe dans la coutume musulmane d'autres droits que ceux énumérés à l'art. 13, et la loi foncière n'a dit nulle part qu'elle ne les conservait pas. Mais on a très justement répondu à cette objection qu'elle n'avait pas à le dire : la loi foncière n'est pas venue modifier la loi musulmane, elle ne se complète pas par la loi musulmane : elle a créé, à côté du statut musulman de la propriété, un statut nouveau qui est entièrement distinct et indépendant de l'ancien et forme le code complet de la terre

immatriculée. Les intéressés ont le choix entre les deux statuts, mais ils ne sauraient prétendre conserver, s'ils optent pour le nouveau, des modalités que la loi foncière n'a pas expressément reconnues ⁽¹⁾.

157. — CONTRATS DE LOCATIONS PERPÉTUELLES, KHOULOU, KIRDAR. — Parmi ces droits musulmans qui doivent être rigoureusement écartés figurent le *khoulou*, le *kirdar* et d'autres variétés de locations perpétuelles ⁽²⁾. La loi foncière a admis, non sans le modifier, d'ailleurs, un seul type de location perpétuelle, le contrat d'*enzel*, parce que, comme dit M. Labbe, « seul, il impose au preneur une prestation consistant uniquement en une somme d'argent fixe et invariable et que les principes, sur lesquels est basée la nouvelle loi, sont incompatibles avec l'admission de charges indéterminées et variables ». C'est par erreur qu'autrefois le Tribunal mixte a immatriculé deux immeubles grevés de *kirdar* : ces deux inscriptions, que la juridiction de droit commun n'a pas le pouvoir de modifier, ont donné lieu à de nombreuses contestations ⁽³⁾. Aujourd'hui, la jurisprudence du Tribunal mixte est fixée en ce sens que, pour immatriculer des propriétés grevées de *khoulou* ou de *kirdar*, il est nécessaire de transformer ces charges en rentes d'*enzel* et que, si cette transformation n'était pas rendue possible par le consentement des parties, il y aurait lieu de rejeter la demande d'immatriculation (note précitée de M. Labbe).

158. — CONTRAT DE NANTISSEMENT IMMOBILIER : BIA-EL-OUAFA, BIA-ET-TSNI, RAHN-ET-ANTIFAA⁽⁴⁾. — La solution est la même pour les contrats de nantissement qui, dans la coutume musulmane, suppléent à l'hypothèque. Celle-ci constitue, il n'est pas besoin d'y insister, une forme bien supérieure du crédit. L'antichrèse peut aussi servir d'équivalent.

159. — MOGHARSA. — Les contrats coutumiers dont nous avons parlé sont surannés; la plupart sont en voie de disparition. Le *mogharsa* pose un problème plus grave, parce qu'il a été, depuis 40 ans, en plein épanouissement, qu'il a rendu de grands services au déve-

(1) Dans ce sens, note de M. E. H. Labbe, *R. A.*, 24, 2, 91.

(2) Sur les diverses formes de locations perpétuelles, v. Aribat, *R. A.*, 01, 1, 121, 137 et 02, 1, 21, 81.

(3) V. notamment Alger, 28 mars 1922 et note précitée de M. E. H. Labbe, *R. A.*, 24, 2, 91.

(4) *Infra*, n° 228.

loppement économique, en permettant la plantation des oliviers de la région de Sfax, et que des intérêts particulièrement dignes de la protection de loi sont en jeu. Nous examinerons la question, qui est complexe, à propos de l'art. 343 au chapitre de la publicité (*infra*, n° 450).

SECTION II

LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

§ 1. — Théorie générale

160. — DÉFINITION. — La propriété est définie, comme par le code civil, « le droit de jouir et de disposer de la manière la plus absolue » dans les limites fixées par les lois et les règlements (art. 56). La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

161. — CARRIÈRES ET MINES. — Comme en droit français, les carrières appartiennent au propriétaire du sol, tandis que les mines sont concédées par l'Etat (décret du 29 décembre 1913). Les gisements de phosphates de chaux sont classés parmi les carrières.

162. — ANTIQUITÉS. — A signaler que les antiquités, même immobilières, sont la propriété de l'Etat (art. 64 de la loi foncière et décret du 8 janvier 1920).

163. — EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE ⁽¹⁾. — « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et conformément aux lois tunisiennes en vigueur sur les expropriations » (art. 57). Ce texte ne dit pas, comme l'art. 345 du code civil « et moyennant une juste et préalable indemnité ». En fait, la matière de l'expropriation n'était pas réglementée en 1885, si ce n'est pas un décret du 30 août 1888, qui concernait exclusivement la ville de Tunis et par les conventions consulaires au profit des européens. Cette lacune du droit tunisien a été comblée par le décret du 5 septembre 1905.

(1) LESCURE, *op. cit.*, pp. 38 et 254, Communaux, *Du régime de l'expropriation pour cause d'utilité publique en Tunisie*.

Ce texte pose des principes assez différents de ceux de notre législation française. Je me contente de les indiquer très brièvement. Aux termes des art. 1^{er} et 2 : 1° l'expropriation est prononcée par décret; 2° par l'effet du décret d'expropriation, tous les droits existant sur l'immeuble sont transférés sur l'indemnité; 3° l'administration expropriante ne peut prendre possession de l'immeuble que moyennant paiement ou consignation d'une juste et préalable indemnité.

164. — DROIT D'ACCESSION. — Les dispositions de la loi foncière (art. 58 à 76), relatives au droit d'accession, ont été calquées sur celles du code civil. Une seule différence à noter : les îles, îlots et atterrissements qui se forment au milieu des cours d'eau, même non navigables ni flottables, appartiennent, en Tunisie, à l'Etat.

165. — CONSTRUCTIONS SUR LE TERRAIN D'AUTRUI. — Les constructions, plantations et ouvrages faits par un tiers sur le terrain d'autrui sont régis par des dispositions exactement reproduites de l'art. 555 du code civil.

166. — CO-PROPRIÉTÉ. PARTAGE. — La loi foncière ne reproduit pas la règle de l'art. 815 du code civil, d'après laquelle « nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision ». Les docteurs musulmans ne s'accordent pas sur le droit d'exiger le partage : la coutume tunisienne ne consacrait pas le droit au partage d'une manière absolue et sans tempérament (Tunis, 2 mai 1896, *R. A.*, 96, 2, 325). La jurisprudence admet que l'art. 815 est applicable aux immeubles immatriculés en vertu de l'art. 2 de la loi foncière comme non contraire aux dispositions de cette loi (Tunis, 21 mars 1923, *J. T.*, 23, 236). Il y a d'ailleurs, en faveur de cette solution, des arguments de texte : l'art. 288, qui reproduit l'art. 2205 C. civ., reconnaît aux créanciers de l'indivisaire le droit de provoquer le partage ou la licitation (Voir également l'art. 22 et le décret du 15 mars 1892 sur les ventes judiciaires). Toutefois, le partage est une matière du droit successoral, donc régie par la loi nationale; en conséquence, j'estime qu'il y a lieu de justifier l'application de l'art. 815 C. civ., non pas en invoquant l'art. 2 de la loi foncière, mais parce que la règle « nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision » est d'ordre public international et s'impose aux tribunaux français (Weiss, *op. cit.*, t. 4, p. 652). Toutefois, les exceptions à l'application du statut successoral résultant de l'ordre public ne doivent pas être étendues aux successions régies par le droit musulman ou mosaïque (*supra*, n° 145).

§ 2. — Droit de préemption ou chefaa

167. — ORIGINE. — Le droit musulman connaît un droit de retrait analogue à notre ancien retrait lignager, mais beaucoup plus étendu dans son application, c'est le *chefaa*. Le *chefaa* permet aux co-héritiers, aux co-propriétaires à un titre quelconque et même, suivant le rite hanéfite, aux propriétaires des fonds limitrophes, de se substituer à l'acquéreur étranger en lui remboursant son prix.

Les auteurs de la loi foncière ont maintenu, sous le nom de droit de préemption, le *chefaa*, qui est une institution profondément enracinée dans le pays et dans lequel ils ont pu voir par surcroît une protection contre le danger de licitations ruineuses comme celles qui s'étaient produites en Algérie sous le régime de la loi de 1873. Toutefois, ils ont, dans une certaine mesure, restreint son application, désireux, dit le rapport Pontois, de « ne pas créer de nouvelles entraves aux transmissions rapides de la propriété » ⁽¹⁾.

168. — PERSONNES POUVANT EXERCER LE DROIT DE PRÉEMPTION. — L'art. 77 reconnaît ce droit :

1° A tout co-propriétaire indivis d'un même immeuble ⁽²⁾. Les co-héritiers qui sont désignés distinctement par l'art. 77 sont compris dans cette catégorie et il était inutile de les nommer. Mais ils ne sont pas les seuls indivisaires qui puissent exercer la préemption : des co-propriétaires complètement étrangers les uns aux autres possèdent également ce droit. On voit donc quelle différence considérable sépare l'institution tunisienne du retrait successoral tel qu'il subsiste dans notre code civil.

2° A tout co-propriétaire divis d'une maison d'habitation. Nous pensons que le législateur a voulu viser le cas, fréquent dans les quartiers arabes des villes, où le rez-de-chaussée et l'étage appartiennent à des propriétaires différents. Le propriétaire d'une partie de la maison peut se substituer à l'acquéreur de l'autre partie (V. cependant, Tunis, 13 mai 1932, *J. T.*, 32, 183) ⁽³⁾.

(1) Le rapport Cambon dit : « Ce droit a été défini, son exercice rigoureusement limité ».

(2) Le co-enzeliste est assimilable au co-propriétaire pour l'exercice du droit de préemption. Tunis, 9 mai 1928, non publié.

(3) Le Tribunal a décidé que le rez-de-chaussée n'étant pas immatriculé, les propriétaires de ce rez-de-chaussée n'étaient pas recevables à se prévaloir de l'art. 77 à l'encontre de l'acquéreur d'un étage immatriculé, ce qui est, à mon avis, inexact. Il a ajouté que, fût-elle recevable, leur action ne serait pas fondée parce que l'acquéreur de l'étage n'était pas un superficiaire comme le soutenaient à tort les retrayants. Il n'y avait pas lieu, en effet, de faire application des dispositions relatives à la superficie, mais de celles relatives à la « co-propriété divisée » des maisons. *Supra*, n° 154, note.

3° Au superficiaire pour l'acquisition du sol et au propriétaire du sol pour l'acquisition de la superficie. La loi ayant fait de la superficie un droit réel distinct, elle a cru devoir, toutefois, favoriser la réunion de ce droit à la propriété du sol.

De l'ensemble de ces dispositions, il y a lieu de retenir que la nouvelle législation n'a pas accordé le droit de préemption aux propriétaires voisins. De la règle exorbitante du rite hanéfite, il ne subsiste que les dispositions, plus faciles à justifier, relatives au cas de division d'une maison entre plusieurs propriétaires et au cas de superficie. Mais le *chefaa* des co-propriétaires a été admis aussi largement que jadis, sans distinguer entre les co-héritiers et les autres co-propriétaires ⁽¹⁾. Il est permis de regretter que le législateur ne soit pas allé plus loin dans la voie de la limitation. Le *chefaa* ne se justifie que dans la mesure où il protège la co-propriété familiale encore en honneur chez les indigènes contre les entreprises de spéculateurs. Il eût donc été préférable, à mon avis, de n'accorder aux indivisaires le droit de préemption que dans le cas où la co-propriété a son origine dans le décès d'un auteur commun.

169. — ORDRE DE PRÉFÉRENCE. — Lorsque plusieurs personnes peuvent se prévaloir du droit de préemption, l'art. 78 institue entre elles un ordre de préférence. En premier lieu vient le propriétaire du sol vis-à-vis du superficiaire et réciproquement, en deuxième lieu viennent les co-héritiers, en dernier lieu les autres co-propriétaires ou propriétaires divis de partie d'une maison. Dans chacune des deux dernières catégories, celui qui a la part la plus considérable est préférable à celui qui a une part moindre. L'art. 79 prévoit, en cas d'égalité de parts, une procédure de tirage au sort.

170. — OUVERTURE DU DROIT DE PRÉEMPTION. — Dans le droit musulman, d'après M. Lescure ⁽²⁾, « Le *chefaa* est opposable à tout acquéreur et s'applique à tous les actes translatifs de propriété à titre onéreux : ventes, échanges, transactions et même procès-verbaux d'adjudication devant les tribunaux français (Tunis, 16 avril 1891, *J. T.*, 94, 466, et 3 juin 1892, *J. T.*, 94, 467). Les seules transmissions

(1) Le texte n'est d'ailleurs pas d'accord avec ce qu'annonçait le rapporteur « Son exercice (du droit de préemption) a été limité aux co-héritiers sur tous les immeubles dépendant de la succession, aux co-propriétaires d'une maison urbaine, etc... ». Rapport Pontois, *R. A.*, 85, 1, 135.

(2) *Op. cit.*, p. 35.

immobilières qui lui échappent sont celles qui procèdent de partages, de donations ou de legs ». Il convient de remarquer que l'art. 77 définit la préemption « le droit d'acquérir la portion *vendue* à un tiers en se substituant à cet acquéreur ». Si l'on admet, comme l'a fait, à juste titre, le Tribunal de Tunis dans les motifs d'un jugement du 14 mai 1919 (*J. T.*, 20, 25) que « le droit de préemption étant contraire à la liberté des conventions ne saurait donner lieu qu'à une interprétation restrictive en raison de son caractère exorbitant », on ne doit pas hésiter à conclure que, pour les immeubles immatriculés, le droit de préemption est ouvert seulement en cas de vente. J'ajoute : de vente amiable, car la vente judiciaire paraît être en dehors des prévisions du texte.

171. — DÉLAI. — L'exercice du droit de préemption est soumis à des délais de rigueur. Il importe, en effet, que le sort de la propriété ne reste pas indéfiniment en suspens. La loi a fixé, d'une part, un délai de huitaine, augmenté des délais de distance, à partir du jour où le co-propriétaire a eu connaissance de la vente (art. 80); d'autre part, un délai de péremption de six mois à partir du jour de la vente (art. 82) ⁽¹⁾. La charge de prouver que le co-propriétaire a eu connaissance de la vente incombe à l'acquéreur. Celui-ci peut faire courir le délai de huitaine en notifiant son contrat aux co-propriétaires après l'avoir fait inscrire (art. 81).

172. — PROCÉDURE. — La procédure de la préemption consiste en une notification à l'acquéreur avec offres réelles de lui rembourser le prix de la vente, ainsi que le prix des améliorations et tous loyaux coûts accessoires (art. 80). A défaut d'acceptation, les offres doivent être suivies de consignation dans les délais impartis (Tunis, 14 mai 1919, *J. T.*, 20, 23).

173. — EFFET RÉTROACTIF. — La loi n'a rien dit des effets de la préemption. Le *chejaa* du droit musulman substitue entièrement celui qui l'exerce à l'acquéreur primitif. Le retrayant est censé tenir ses droits du vendeur lui-même et toutes les charges constituées sur l'immeuble par l'acquéreur évincé tombent avec le titre qui leur a servi de base ⁽²⁾. Il en est de même pour le retrait successoral en droit

(1) Sousse 10 novembre 1910, *J. T.*, 11, 88.

(2) LESCURE, *op. cit.*, p. 37.

français. Dans ces conditions, on ne peut refuser au droit de préemption l'effet rétroactif : les droits réels constitués par l'acquéreur évincé sont résolus; par contre, les charges qui s'étaient éteintes par confusion ou par consolidation se trouvent maintenues. Le Tribunal de Tunis (chambre des loyers), jugeant sur renvoi de la commission supérieure des loyers, s'est prononcé dans le sens de la rétroactivité par jugement du 11 février 1931 (*J. T.*, 31, 146) ⁽¹⁾.

§ 3. — Abolition de la prescription

174. — RÉFORME DE 1892. — La loi de 1885, avait reproduit, dans son titre XIII, avec quelques modifications, les art. 2219 à 2269 du code civil, relatif à la prescription et à la possession. L'art. 338 instituait une prescription de dix ans au profit du possesseur ayant juste titre et bonne foi, et l'art. 341 une prescription de vingt ans (délai emprunté au droit musulman) dans les autres cas. Le titre XIII a été entièrement abrogé en 1892, parce que, dit le rapport de la deuxième sous-commission, « la prescription du droit de propriété instituée pour répondre aux nécessités d'un régime sous lequel les titres peuvent disparaître n'est pas en harmonie avec l'organisation de la loi foncière, puisque le titre établi en vertu d'une décision judiciaire est conservé dans des archives officielles et publiques ».

Il ne subsiste ainsi aucun doute que le législateur de 1892 a entendu abolir la prescription. On irait à l'encontre de sa volonté la plus certaine, si l'on soutenait que l'abrogation a eu seulement pour effet de faire disparaître les divergences entre les dispositions de la loi foncière et celles du code civil, et qu'en conséquence ces dernières sont aujourd'hui applicables en vertu de l'art. 2 ⁽²⁾.

175. — RÔLE DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE. — L'usucapion n'a désormais aucune application en matière de propriété immatriculée : la possession, si longue qu'elle soit, ne conduit jamais à la propriété; de même les servitudes ne se peuvent acquérir par prescription,

(1) Le Tribunal a paru toutefois considérer, d'après un des motifs du jugement, que la rétroactivité était sans effet à l'égard des tiers de bonne foi en raison du principe de l'art. 16. Cette question sera examinée au chapitre de la force probante; *Infra*, n° 465. V. également un jugement rendu entre les mêmes parties le 20 juillet 1932 et *infra*, nos 483 et suiv.

(2) Thèse hypothétique énoncée incidemment dans une intéressante note de M. E. H. Labbe (*R. A.*, 27, 2, 159).

ainsi qu'on le verra plus loin. Mais ce serait une erreur de croire que la prescription extinctive ne joue plus aucun rôle. La loi foncière elle-même (art. 126 et 209) a laissé survivre la prescription comme mode d'extinction de l'usufruit ⁽¹⁾ et des servitudes. D'autre part, l'art. 273 dispose que l'hypothèque s'éteint par l'extinction de l'obligation principale, nous verrons que, malgré la modification apportée à cet article en 1892, l'hypothèque ne survit pas à l'extinction de la créance par la prescription ⁽²⁾. Enfin, la prescription de la plupart des actions demeure régie par le code civil. L'art. 1304, qui soumet, en principe, à la prescription de dix ans les actions en nullité des contrats et l'art. 1676, qui fixe un délai de deux ans pour l'exercice de l'action en rescision des ventes, sont certainement applicables aux actions en nullité et rescision des contrats relatifs aux immeubles immatriculés. De même, en vertu de l'art. 2262, la prescription de trente ans éteint l'action en résolution pour inexécution des conditions, l'action en révocation ou en réduction d'une donation et l'action paulienne. L'art. 2262 était, à vrai dire, reproduit partiellement dans l'art. 341 de la loi foncière qui a été abrogé, mais l'art. 341 ne reproduisait que la partie relative aux actions réelles : son abrogation n'empêche donc pas la prescription trentenaire d'être applicable aux actions personnelles et mixtes.

176. — APPRÉCIATION CRITIQUE DE LA RÉFORME DE 1892. — C'est une opinion très généralement admise que la prescription, du moins la prescription acquisitive, est incompatible avec le régime des livres fonciers. M. Lescure expose très clairement ce point de vue : « La prescription n'a pas de raison d'être dans une législation fondée, comme la loi tunisienne, sur les principes du livre foncier. Le motif en est que ce mode d'acquisition, toujours plus ou moins occulte, est en opposition avec la règle de la publicité absolue et celle de la force probante des inscriptions. C'est uniquement l'inscription qui, dans l'économie de la loi foncière, détermine et consolide les droits du propriétaire ; au regard des tiers, il n'y a d'autre propriétaire que celui inscrit comme tel sur le feuillet matricule du bien-fonds. Admettre que les droits réels acquis sur la foi du livre foncier doivent céder devant la revendication d'un possesseur ayant prescrit, serait détruire

(1) C'est probablement par suite d'une inadvertance que l'art. 126 n'a pas été modifié en 1892.

(2) *Infra*, n° 357,

toute l'autorité du registre public. En combinant les principes des livres fonciers avec ceux du code civil, le législateur de 1885 avait consacré une anomalie; il y a été remédié par le décret du 16 mars 1892 ⁽¹⁾ ».

En effet, il n'est pas douteux que le texte de 1885, en admettant la prescription du code civil avec tous ses effets à l'égard des tiers, édictait des dispositions inconciliables avec les principes de publicité et de force probante et que l'autorité du livre foncier eût été gravement atteinte.

Il est également de fait que la plupart des législations basées sur le livre foncier ont exclu la prescription : l'Allemagne, la Suisse ⁽²⁾, l'Australie et toutes les législations coloniales françaises inspirées de la loi tunisienne (Madagascar, art. 72; Afrique Occidentale, art. 82; Congo, art. 39; Maroc, art. 63; Indo-Chine, art. 168).

Il existe cependant un système mixte qui, sans supprimer l'usucapion, sauvegarde entièrement les droits des tiers et la règle de publicité. Ce système a été consacré par le code autrichien : le possesseur peut acquérir la propriété et les autres droits réels, même à l'encontre des titulaires inscrits; mais, d'une part, l'acquéreur par prescription doit lui-même se faire inscrire sur le registre public et, d'autre part, la prescription accomplie ne peut préjudicier aux tiers de bonne foi qui ont traité avec les bénéficiaires inscrits ⁽³⁾.

En France, à la commission extraparlamentaire du cadastre de 1892, la prescription a été défendue avec force par les civilistes les plus éminents et les plus favorables à l'institution du livre foncier ⁽⁴⁾.

(1) *Op. cit.*, p. 259.

(2) Les art. 900 et 901 du code allemand n'établissent la prescription acquislitive en matière immobilière que pour consolider l'inscription : c'est la prescription tabulaire. De même le code suisse, art. 661. Toutefois, l'art. 927 du code allemand et l'art. 662 du code suisse admettent la prescription dans des cas exceptionnels et à la suite d'une procédure spéciale.

(3) BESSON, *op. cit.*, p. 305. M. Besson conclut en faveur de ce système, p. 475.

(4) « La vie est faite en grande partie d'oubli; le temps fait son œuvre et il n'y a pas à s'insurger contre la prescription qui est bonne, en somme, en ce qu'elle apaise bien des querelles ». CHALLAMEL, *P. V.*, fasc. 2, p. 656. « Dans les choses humaines, tout ne se règle pas avec une rigueur mathématique. Voici un immeuble qui est inscrit au nom d'un tel, mais le propriétaire a disparu, il est allé s'établir à l'étranger, il est mort, aux colonies, que sais-je ? Personne ne se présente pour invoquer l'inscription; il faut bien qu'un jour cette situation prenne fin; pourquoi ne serait-ce pas au profit de celui qui a possédé pendant 30 ans ? ». CHALLAMEL, *P. V.*, fasc. 2, p. 657. « Je suis très convaincu que la propriété foncière emporte avec elle des obligations, qu'elle se justifie en partie par les soins que le propriétaire donne à la terre et je ne vois aucun inconvénient sérieux à transférer la propriété de celui qui l'abandonne à celui qui la cultive ». BUENOIR, *P. V.*, fasc. 2, p. 659.

La commission s'est finalement arrêtée à un projet assez analogue au régime autrichien ⁽¹⁾.

Je n'hésite pas à penser que l'adoption d'un système qui permettrait de consacrer des situations de fait ayant eu une longue durée sans nuire aux droits des tiers ni au crédit des propriétaires et en soumettant à la publicité l'acquisition ou l'extinction par la prescription, offrirait en Tunisie des avantages considérables. D'abord celui de rapprocher notre législation du droit français. Ensuite et surtout celui d'éviter un désaccord irrémédiable entre le droit et les faits. Le pire danger qui pourrait menacer notre livre foncier — j'y reviendrai dans ma conclusion — serait, en effet, qu'un jour des titres de propriété relativement nombreux présentassent une situation fictive, contraire aux réalités. Or, s'il faut se garder d'exagérer ce péril, qui, après 40 ans d'application, n'apparaît nullement comme imminent, on ne saurait affirmer qu'il est inexistant. Malgré les textes impératifs, malgré les plus redoutables sanctions, il est vraisemblable que certaines transactions restent occultes : cessions de parts dans les propriétés indigènes de grande indivision, créations et suppressions de servitudes. Lorsque le temps écoulé aura rendu toute régularisation impossible, quel autre remède que la prescription ? Même lorsque la possession n'a pas son origine dans une convention dont la trace est perdue, elle peut avoir donné à celui qui l'exerce des droits parfaitement respectables du point de vue de l'équité, et il est sans doute imprudent de décider par avance que dans tous les cas le possesseur devra céder la place au propriétaire inscrit ⁽²⁾.

(1) « L'avant-projet a voulu que, quand la prescription serait accomplie, l'acquisition de la propriété par ce mode particulier de la prescription fût mentionnée sur les registres, tout comme y est mentionnée l'acquisition faite par contrat ou par succession; il a obéi à cette pensée qu'aucune mutation de la propriété ne doit échapper à l'inscription sur les livres fonciers. Il a fait de même pour la prescription extinctive : la disparition du droit éteint doit être mentionnée. Quand aux effets de la prescription, l'avant-projet a consacré les conséquences du principe de publicité. L'acquisition de la propriété par la prescription, l'extinction d'un droit inscrit par la prescription extinctive, ne peut pas être opposée au tiers qui aurait acquis des droits sur l'immeuble en traitant avec celui que le livre foncier désignait comme investi de la propriété, comme titulaire du droit que la prescription est venue éteindre. Le livre foncier présentait une certaine situation apparente et désignait quelqu'un comme propriétaire : les tiers ont eu le droit de traiter avec lui et les droits qu'il leur a conférés doivent être respectés par le possesseur qui vient d'accomplir la prescription. D'après les principes du Code civil, la prescription rétroagit : celui qui a possédé pendant 30 ans ou qui prescrit par 10 ou 20 ans est considéré comme propriétaire du jour où il a pris possession. D'après l'avant-projet, tant que l'accomplissement de la prescription n'aura pas été rendu public, son effet acquisitif ou extinctif ne pourra pas être invoqué contre les tiers ». Massigli, *P. V.*, fasc. 2, p. 641.

(2) Il y a d'ailleurs un autre aspect du problème : l'usucapion n'interviendrait pas toujours à l'encontre du propriétaire inscrit; souvent, au contraire, elle aurait pour effet de consolider les droits de celui-ci; le propriétaire inscrit aurait intérêt à invoquer l'usucapion par dix ans du possesseur ayant juste titre et bonne foi dans les cas où il n'est pas protégé par la prescription extinctive des actions,

§ 4. — De la possession

177. — EFFETS DE LA POSSESSION. — Le rôle de la possession apparaît, par suite de l'abrogation du titre XIII, comme singulièrement réduit.

Un de ses effets les plus importants, sous le régime du code civil, est de créer une présomption de propriété au profit du possesseur et de déplacer ainsi le fardeau de la preuve. Il n'en saurait être de même dans la loi tunisienne : l'inscription suffit à prouver le droit du propriétaire et c'est à celui qui en conteste la validité à rapporter la preuve de ses prétentions.

178. — ACQUISITION DES FRUITS. — La possession n'est cependant pas sans aucun effet juridique, car elle fait acquérir les fruits à celui qui l'exerce en vertu d'un titre dont il ignore les vices : l'art. 549 C. civ. est en effet copié par l'art. 61 de la loi tunisienne, et l'art. 550 est reproduit dans l'art. 62 avec une différence de rédaction à laquelle je ne crois pas qu'il faille attribuer une portée quelconque ⁽¹⁾.

179. — ACTIONS POSSESSOIRES. — Aucune action possessoire ne peut être exercée contre le propriétaire inscrit (J. de P. Souk-el-Arba, 12 déc. 1892, *J. T.*, 93, 231; Sousse, 3 mars 1898, *J. T.*, 98, 243; Sousse, 16 fév. 1905, *J. T.*, 06, 56; Tunis, 3 juin 1908, *J. T.*, 08, 609) ⁽²⁾. Cette jurisprudence des tribunaux de Tunisie a été récemment consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt qui s'applique au Maroc, mais qui pourrait aussi bien concerner la Tunisie. La Cour s'exprime ainsi : « La possession utile appartient nécessairement à celui qui est mentionné sur le titre d'immatriculation; toute autre possession est dépourvue du caractère utile » (10 mars 1931, D. 32, 1, 71).

Par contre, je n'aperçois aucune raison de penser que le propriétaire inscrit est privé du droit de s'adresser à la juridiction cantonale pour faire cesser le trouble causé à sa possession par des tiers ou se faire réintégrer dans la possession qu'il aurait perdue.

(1) D'autre part, nous avons vu à propos de l'accession (*supra*, n° 165) que l'art. 555 relatif aux constructions et plantations sur le terrain d'autrui était également reproduit.

(2) Il n'en est pas de même pour les propriétés en instance d'immatriculation.

SECTION III

L'ENZEL ET LA RENTE DE L'ENZEL

§ 1. — L'enzel

180. — DÉFINITION. — Le contrat d'*enzel*, qui est très répandu en Tunisie et qui a joué, dans le passé, un rôle des plus importants, est un contrat par lequel un propriétaire (souvent une fondation *habous*) a concédé à perpétuité la jouissance d'un immeuble moyennant une redevance également perpétuelle.

181. — ORIGINE. — Il paraît avoir été d'abord imaginé comme un moyen de rendre à la circulation les biens inaliénables des fondations pieuses ⁽¹⁾. Les terres *habous* ne pouvaient pas être vendues : on les loua à perpétuité. Il servit encore à tourner la règle qui interdisait aux étrangers de devenir propriétaires fonciers. Puis il devint de pratique courante entre toutes parties, il se généralisa à tel point qu'il était devenu, dans les premières années du protectorat, la forme la plus habituelle des transactions immobilières. Les deux contractants y trouvaient leur compte : à une époque où les capitaux étaient rares, il était difficile de réunir la somme d'argent nécessaire pour payer le prix d'un immeuble et la possibilité de devenir propriétaire ou quasi-propriétaire au moyen d'une simple rente à prélever sur les revenus était un avantage précieux. L'aliénateur, lui, était désormais assuré d'un revenu fixe, qu'il n'aurait eu aucun moyen de se procurer autrement, car le prêt à intérêt est interdit par le Coran.

182. — EVOLUTION. — En même temps qu'il se développait, l'*enzel* se transformait : l'*enzeliste*, qui jouissait en fait de tous les avantages de la propriété et qui, par son travail et ses impenses, accroissait la valeur du fonds, se considérait de plus en plus comme le véritable propriétaire. Au début de l'occupation française, le droit

(1) Toutefois, d'après une autre opinion, le contrat d'*enzel* dériverait du colonat romain. (Sumien, *R. A.*, 93, 1, 204). L'*enzel* n'est pas, comme on l'a dit, spécial à la Tunisie; il a existé en Algérie sous le nom d'*ana*; il existe en Egypte sous le nom de *kokkor* et en Turquie. V., à ce sujet, Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, p. 143.

musulman n'attribuait déjà plus au crédi-rentier qu'un domaine éminent d'une nature plutôt théorique, puisqu'un décret de 1880 avait reconnu à l'enzeliste la faculté d'aliéner la terre sans le concours du crédi-rentier.

183. — RÉFORME DE 1885. — La loi foncière a entendu sans doute franchir une nouvelle étape de l'évolution qui tendait à transformer en pleine propriété l'ancienne tenure ⁽¹⁾. Elle a défini, en effet, l'enzel « une propriété foncière grevée d'une rente perpétuelle » (art. 83). Il y a donc lieu, en principe, de traiter l'enzeliste comme un propriétaire et de lui reconnaître les mêmes droits pour tout ce qui n'est pas contraire aux obligations lui incombant.

On ne doit pourtant pas se laisser abuser par la définition de l'art. 83 ⁽²⁾. Pour se rendre compte du régime de l'enzel dans la loi foncière, il faut principalement se référer à deux textes : l'art. 13 et l'art. 88.

L'art. 13 énumère ainsi les droits réels « la propriété, l'enzel et la rente de l'enzel..., les privilèges et les hypothèques ». Cela implique, d'une part, que l'enzel ne se confond pas avec la propriété, d'autre part, que la rente de l'enzel est un droit réel distinct et non pas une simple créance mobilière assortie d'un privilège.

L'art. 88 dispose qu' « en cas de non paiement de la rente par le débi-rentier, le crédi-rentier peut poursuivre la vente de l'immeuble tenu à enzel pour avoir paiement des arrérages échus », et l'art. 89 ajoute qu' « en cas d'insuffisance du prix de vente, l'enzeliste ne sera tenu personnellement que des arrérages des deux dernières années qui pourront être dues ». D'où il résulte que c'est sur l'immeuble que le crédi-rentier doit être payé.

184. — NATURE DU CONTRAT D'ENZEL. — De graves incertitudes naissent de dispositions aussi peu explicites. M. Labbe a souligné ces incertitudes dans une très pénétrante étude publiée par la *Revue Algérienne* en 1916 ⁽³⁾. Il n'a pas de peine à démontrer que la loi foncière n'a pas appliqué au contrat d'enzel les règles de la vente. Si

(1) On remarque une divergence entre le rapport Pontois et le rapport Cambon. « L'enzel, écrit M. Pontois, devient dans la loi nouvelle une véritable propriété soumise seulement au paiement d'une rente perpétuelle ». Le rapport Cambon s'exprime ainsi : « Le droit du preneur à enzel devient un véritable droit de propriété susceptible d'hypothèque et procurant au bénéficiaire tous les avantages attachés au domaine utile ».

(2) Une réforme profonde s'est bien accomplie, mais plutôt dans l'ordre économique que dans l'ordre juridique.

(3) *R. A.*, 16, 1, 85.

elle avait appliqué ces règles, le droit du crédi-rentier serait une créance ordinaire, donc un droit mobilier, garanti par un privilège, droit réel accessoire, sur l'immeuble vendu, mais gagée par tous les autres biens du débiteur et recouvrable par toutes les voies de droit. La charge de payer la rente se transmettrait aux héritiers du débiteur; les acquéreurs ne seraient tenus qu'hypothécairement comme tiers détenteurs. Les art. 13 et 88 commandent des solutions toutes différentes. M. Labbe fait remarquer que, d'autre part, la loi a restreint les obligations personnelles qui résulteraient d'un contrat de bail. « En sa qualité de loi foncière, c'est-à-dire d'acte législatif destiné à organiser la propriété et les droits réels immobiliers, cette loi aurait pu ne pas parler du tout des relations juridiques personnelles entre les titulaires de droits réels, ne pas dire un mot, par conséquent, des obligations personnelles de l'enzeliste envers le crédi-rentier. On aurait alors tout naturellement supposé que les rapports étaient restés ce qu'ils étaient sous l'empire des coutumes musulmanes. Malheureusement, elle n'a ni gardé un silence absolu sur ce sujet, ni parlé suffisamment pour qu'on puisse savoir ce qu'elle a voulu ».

A mon avis, les auteurs de la loi foncière ont traité le contrat d'*enzel* comme un contrat *sui generis*. Ils n'ont cherché à le rapprocher ni de la vente, ni du louage. L'analogie de l'*enzel* avec le bail à rente de notre ancien droit les a frappés ⁽¹⁾. Nouveaux venus dans le pays, ils connaissaient très peu les coutumes musulmanes et n'avaient autour d'eux personne qui fût capable de les renseigner avec précision. Ils ont donc vu la ressemblance générale, l'air de famille entre ce contrat d'*enzel* et une de nos anciennes institutions et n'ont pas aperçu les divergences nombreuses. Pour réglementer l'*enzel* ils se sont, dès lors, inspirés beaucoup plus que de la coutume musulmane, du régime de nos rentes foncières d'avant la Révolution. Le bail à rente était, de fait, un contrat hybride, également éloigné, en dépit de son nom, du bail et de la vente.

Le régime de l'*enzel*, imité de celui de nos rentes, me paraît être le suivant :

La rente est une charge réelle de l'immeuble, c'est le fonds qui est débiteur. L'enzeliste n'est tenu que *propter rem*. Il n'a, en ce qui concerne les arrérages à échoir, aucune obligation personnelle. Son

(1) « L'*enzel* qui se rapproche de notre bail à rente » ... dit le rapport Cambon.

obligation personnelle prend naissance à chaque échéance, car, en percevant les fruits, il perçoit la rente pour le compte du crédi-rentier et en est comptable envers celui-ci. Le droit réel que la loi reconnaît au crédi-rentier, c'est précisément le droit d'opérer un prélèvement sur les revenus. Seulement, ce droit, il n'est pas admis à l'exercer lui-même : comme dans le bail à rente, il ne jouit de sa rente que « par le fait et par les mains » de l'enzéliste ⁽¹⁾. Si on admet que ce système est celui du législateur de 1885, les dispositions de la loi forment un ensemble qui n'est pas incohérent, il ne leur manque que d'être complétées et énoncées d'une manière plus claire. On donne tout son sens à l'art. 88 et à ce passage du rapport Pontois : « C'est l'immeuble qui répond du paiement de la rente en quelques mains qu'il passe ».

185. — DROITS DE L'ENZELISTE. — L'enzéliste a droit à la délivrance et à la garantie comme un acheteur ordinaire. L'art. 2 de la loi foncière renvoyant au code civil, ce sont les règles de la vente qui doivent être appliquées en cette matière ⁽²⁾. L'action en résolution est également gouvernée par les dispositions du code civil.

En disant que l'*enzel* est une propriété foncière, la loi a reconnu à l'enzéliste le *jus fruendi*, le *jus utendi* et le *jus abutendi*. Son droit est susceptible d'hypothèque (art. 233) et de saisie immobilière (art. 287).

186. — CONSTITUTION D'UNE DEUXIÈME RENTE. — Peut-il être grevé d'une seconde rente d'*enzel* ? Il y avait sur ce point, dans la coutume musulmane, une règle qui l'interdisait et que nous avons exprimée par la formule « *Enzel sur enzel ne vaut* ». Mais nous avons vu que la loi foncière n'a pas suivi la coutume musulmane. On n'y trouve nulle part la règle « *Enzel sur enzel ne vaut* ». Nos tribunaux ont jugé qu'elle n'était pas applicable aux propriétés immatriculées (Tunis, 10 nov. 1912, *R. A.*, 13, 2, 379 et note). En fait, les enzélistes ont très souvent revendu leurs immeubles en bloc ou par lots en stipulant à leur profit une deuxième rente : le Tribunal mixte et le conservateur ont toujours tenu pour valables ces constitutions d'*enzel* successives et les ont garanties par le privilège.

(1) POTHIER, *Du bail à rente*, n° 18.

(2) Les règles de la vente du Code tunisien des obligations s'appliquent au contrat d'*enzel* des biens non immatriculés (art. 957 et 959, C. O.).

187. — ALIÉNATION. — L'enzeliste peut aliéner sans le consentement du crédi-rentier (décret précité du 7 juin 1880) ⁽¹⁾. J'estime que, sous le régime de la loi foncière, toute convention contraire est nulle, la libre circulation des biens intéressant l'ordre public.

Le décret de 1880 et le code tunisien des obligations exigent qu'il soit donné avis de l'aliénation au crédi-rentier. En ce qui concerne les immeubles immatriculés, l'inscription de la mutation suffit à rendre celle-ci opposable au bénéficiaire de la rente par application de l'art. 15 ⁽²⁾.

188. — EFFET DE L'ALIÉNATION. — Non seulement l'enzeliste peut aliéner librement, mais, par l'aliénation, il est déchargé du service de la rente. C'est là une caractéristique essentielle de notre contrat. L'obligation de payer la rente se transmet aux propriétaires successifs du fonds.

189. — PERTE DE L'IMMEUBLE. — N'étant tenu que *propter rem* l'enzeliste est libéré si l'immeuble vient à disparaître par cas fortuit.

190. — DÉGUERPISEMENT. — La jurisprudence ne lui reconnaît pas le droit de déguerpissement, qui paraît cependant être dans la logique du système (Tunis, 24 janv. 1898, *J. T.*, 98, 352). M. Labbe fait justement remarquer que la loi lui donne, par une voie détournée, la faculté de déguerpir : s'il refuse de payer la rente, le crédi-rentier devra faire vendre l'immeuble et l'ancien enzeliste ne pourra être recherché que pour deux années d'arrérages.

191. — POURSUITES DU CRÉDI-RENTIER. — Le crédi-rentier peut-il obtenir un jugement de condamnation pour les arrérages échus ? Il le pouvait, tant que l'on a considéré qu'un titre exécutoire lui était nécessaire pour poursuivre la saisie de la propriété, sauf à n'exécuter ce jugement que sur l'immeuble grevé de la rente (Alger, 15 nov. 1899, *R. A.*, 00, 2, 17 et note) ⁽³⁾. Mais aujourd'hui la jurisprudence est fixée en ce sens que le titre inscrit suffit pour saisir l'im-

(1) D'après certaines décisions, le crédi-rentier pourrait demander la nullité de l'aliénation s'il est patent que l'acquéreur est insolvable (Tunis, 17 décembre 1902, *J. T.*, 03, 26). Cette jurisprudence ne paraît avoir d'autre fondement que la coutume musulmane qui est inapplicable aux propriétés immatriculées.

(2) Tunis, 23 juin 1893, *J. T.*, 97, 96.

(3) La Cour de cassation a d'ailleurs décidé qu'il n'appartenait pas au juge de limiter par avance l'effet du jugement de condamnation (Cass., 28 mai 1913, *J. T.*, 13, 423).

meuble ⁽¹⁾. Il doit donc poursuivre et ce n'est qu'ensuite et en cas d'insuffisance du prix qu'il pourra obtenir condamnation pour deux années d'arrérages.

L'art. 1632 du code des obligations reconnaît au crédi-rentier un privilège sur les fruits et produits de la propriété. J'estime, avec M. Labbe, que le bénéficiaire d'une rente sur immeuble immatriculé est fondé à se prévaloir de cette disposition. Mais M. Labbe pense ⁽²⁾ que, l'expropriation devant avoir lieu avant toute autre poursuite, le crédi-rentier ne peut exercer son privilège sur les fruits qu'après avoir discuté l'immeuble. Je ne crois pas qu'il faille tirer cette conséquence extrême de l'art. 88. L'interprétation que j'ai donnée du système de la loi foncière permet de l'écarter. Le crédi-rentier n'est pas un créancier ordinaire; les fruits lui appartiennent jusqu'à concurrence de ses arrérages : en se faisant payer sur les revenus, il n'exerce pas une poursuite, mais, en quelque sorte, une revendication.

192. — EXPROPRIATION. — En cas d'expropriation de l'immeuble, l'adjudicataire est substitué entièrement à l'enzeliste saisi et a désormais la charge d'acquitter la rente ⁽³⁾. Mais, si aucun enchérisseur ne se présente, le crédi-rentier saisissant sera déclaré adjudicataire et « il en sera réduit à tirer parti de son immeuble comme il le pourra »; on aboutit donc à ce résultat, évidemment peu équitable, que le crédi-rentier qui ne profite jamais de la plus-value, puisque sa rente est invariable, subit le risque de moins-value. Cependant, comme le pense M. Labbe, si cette moins-value était le fait du débirentier, par exemple si celui-ci avait retiré de la propriété ce qui a de la valeur ou même si la propriété avait simplement périclité par son incurie, il serait tenu à des dommages-intérêts par application des principes généraux.

193. — OBLIGATIONS PERSONNELLES DE L'ENZELISTE. — La créance des arrérages se prescrit, en principe, par cinq ans (art. 85). Mais l'art. 89 limite exceptionnellement l'obligation de l'enzeliste dans le

(1) *Infra*, n° 346.

(2) Il déplore d'ailleurs un si étrange et si injuste résultat.

(3) S'il existe deux rentes, l'immeuble peut se trouver affranchi de la deuxième. Le bénéficiaire de la première rente qui poursuit la saisie ne saurait être tenu d'imposer à l'adjudicataire dans le cahier des charges l'obligation de payer la rente ultérieurement constituée (note de M. Labbe, sous le jugement précité du 10 novembre 1912, *R. A.*, 13, 2, 379).

cas de saisie et d'insuffisance du prix d'adjudication. Il y a là une mesure exorbitante : la loi a vraisemblablement voulu venir au secours de l'enzeliste imprudent qui a acquis un immeuble moyennant une rente disproportionnée au revenu qu'il est possible d'en tirer ⁽¹⁾. Elle a pris un soin inutile et dont la légitimité est très contestable, le contrat d'*enzel* présentant par ailleurs assez d'avantages pour l'enzeliste. La sous-commission de 1892 proposait d'abroger cette disposition qu'elle qualifiait « d'absolument inique » ⁽²⁾. On ne sait pourquoi elle a subsisté.

§ 2. — La rente de l'enzel

194. — DROIT RÉEL DU CRÉDI-RENTIER. — Le droit réel du crédi-rentier qui, comme nous l'avons vu (n° 183), existe distinctement du privilège consacré par les art. 87 et 229 ⁽³⁾ pouvait, d'après le texte primitif de l'art. 233, être hypothéqué. Il ne peut plus l'être depuis la révision de 1892, et ainsi a disparu ce qui était le témoignage le plus tangible d'un démembrement de la propriété entre l'enzeliste et le crédi-rentier.

195. — SAISIE DE LA RENTE. — Le Tribunal de Tunis a jugé que le droit du crédi-rentier devait être exproprié par la voie de la saisie des rentes ⁽⁴⁾ et non pas suivant la procédure de la saisie immobilière (3 juillet 1911, *J. T.*, 12, 222). Si l'on se rappelle que les rentes foncières étaient soumises à la saisie immobilière et que la procédure de la saisie des rentes a été organisée précisément après que toutes les rentes eurent été déclarées meubles, on reconnaîtra qu'il y a quelques raisons de douter de l'exactitude de cette jurisprudence. L'omission de la rente de l'*enzel* dans l'énumération des droits réels dont le créancier peut poursuivre l'expropriation (art. 287) n'est pas une considération décisive.

Les arrérages peuvent être saisis entre les mains du débi-rentier par la voie de la saisie-arrêt (Poitiers, 12 mars 1900, *Revue de l'Enregistrement*, 01, p. 763). L'art. 88 est, en effet, sans application aux

(1) Alger, 15 novembre 1899, *R. A.*, 00, 3, 25.

(2) Rapport de la 2^e sous-commission, p. 20.

(3) De ce que la rente est un droit réel immobilier, il faut, à mon avis, tirer cette conséquence importante qu'une rente recueillie dans une succession par un Français marié sous le régime légal ne tombe pas en communauté, mais lui reste propre.

(4) Art. 636 à 655 C. pr. civ.

poursuites que les créanciers du crédi-rentier intentent contre celui-ci; il ne deviendra applicable que lorsque ces créanciers s'adresseront au tiers saisi pour avoir paiement des arrérages.

196. — CESSIION DE LA RENTE. — La cession de la rente de l'*enzel* est rendue opposable aux tiers par l'inscription; la signification au débi-rentier n'est pas nécessaire, l'art. 1690 C. civ. ne concerne que les droits de créance; il est sans application en ce qui concerne la rente de l'*enzel* qui est un droit réel (Tunis, 15 mai 1893, *R. A.*, 93, 2, 305 et 307).

197. — MORCELLEMENT. — En cas de morcellement de la propriété grevée d'*enzel*, le crédi-rentier n'est pas tenu, en principe, de subir les effets de la division de l'immeuble si elle a eu lieu sans son consentement. Il peut donc réclamer la totalité de ses arrérages au détenteur d'une partie de l'immeuble sauf recours de celui-ci contre les défendeurs des autres parties (Tunis, 25 oct. 1905, *J. T.*, 06, 30) et, lors de l'immatriculation d'une fraction de l'immeuble, il est fondé à demander l'inscription de son privilège pour la totalité de la rente (*T. M.*, 12 juillet 1911; *R. A.*, 12, 2, 35 et note).

Mais un décret du 16 juin 1895, a dérogé à cette règle en ce qui concerne les propriétés grevées d'une rente au profit d'une fondation *habous*. Ces propriétés ne peuvent être morcelées qu'avec le concours de la fondation crédi-rentière et de l'administration des *habous* qui sont tenues d'accepter la division de la rente proportionnellement à la valeur des lots, sauf expertise légale aux frais de l'enzeliste en cas de désaccord sur la répartition. En compensation des inconvénients qui résultent du morcellement pour le crédi-rentier, la rente de chacun des lots détachés de l'immeuble doit être majorée suivant le barème fixé à l'art. 4 du décret.

§ 3. — Rachat des rentes d'*enzel*

198. — RÉFORME DE 1905 ⁽¹⁾. — La rente d'*enzel* était, de sa nature, perpétuelle. Mais la perennité des rentes apparaissait de plus en plus comme incommode et antiéconomique. On prit l'habitude de stipuler la faculté de rachat. Toutefois, les anciennes rentes demeuraient irrachetables et nuisaient gravement à la circulation des biens

(1) *Du rachat des rentes foncières perpétuelles en Tunisie*, par Louis Coulon (1906)

et au crédit hypothécaire. Une réforme profonde, mais qui était préparée par l'évolution du droit et des mœurs, a été réalisée par le décret du 22 janvier 1905 ⁽¹⁾.

Les rentes constituées dans le passé et celles qui seront constituées à l'avenir sont déclarées rachetables nonobstant toute convention contraire. Toutefois, les nouvelles rentes peuvent être stipulées non rachetables temporairement, savoir : pendant la vie du crédi-rentier ou pour une durée n'excédant pas vingt ans. Les parties ont également la faculté de prévoir un délai de préavis d'un an au maximum. Ce délai est de droit pour les anciennes rentes.

199. — TAUX DU RACHAT. — Si le rachat a été prévu par les parties, il a lieu au taux convenu ⁽²⁾. A défaut de convention, le rachat a lieu, en principe, moyennant le paiement de vingt annuités. Toutefois, les petites rentes bénéficient d'une capitalisation plus élevée : le rachat a lieu au denier 25 pour les rentes de 20 francs et au-dessous, au denier 20, mais avec une majoration de 100 francs, pour les rentes supérieures à 20 francs et n'excédant pas 100 piastres par année hégirienne ou 61 fr. 87 par année grégorienne ⁽³⁾.

200. — RENTES HABOUS. — Une exception importante subsiste cependant au profit des fondations *habous*. Les rentes profitant à des *habous* publics sont rachetables quelle qu'en soit l'importance, mais le rachat en argent au denier 20 ne peut pas être imposé aux fondations *habous* privées pour les rentes supérieures à 61 fr. 87. Ces fondations doivent, en principe, consentir au rachat, mais les conditions de ce rachat sont à débattre par l'intermédiaire et sous le contrôle de l'administration des *habous* ⁽⁴⁾.

201. — PROCÉDURE DU RACHAT. — Le décret de 1905 a institué une procédure très simplifiée : en cas de refus du crédi-rentier d'accepter

(1) Réforme analogue à celle du décret du 4 août 1789, et de la loi du 29 décembre 1790, en France, et de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1844, en Algérie. En Egypte, un décret khédival du 13 juillet 1895 a également déclaré les rentes rachetables.

(2) S'il apparaissait que le prix du rachat a été fixé à un taux excessif en vue d'éluider l'application de la loi, il appartiendrait aux tribunaux d'apprécier.

(3) Ces dispositions étaient parfaitement équitables. Le taux de rachat correspond à un intérêt annuel de 5 %. Or, les capitaux trouvaient en Tunisie — et trouvent encore — des placements à un taux d'intérêt nettement supérieur.

(4) Toutefois, si l'immeuble vient à être alloti, la fondation sera obligée d'accepter le morcellement de la rente et, si les fractions de rente sont inférieures à 61 fr. 87, elles seront rachetables.

le rachat, l'enzeliste se fait autoriser, par ordonnance de référé (ou par décision du Tribunal mixte si l'immeuble est en instance d'immatriculation), à consigner le capital et, s'il y a lieu, les arrérages dûs et non prescrits; la radiation de l'inscription prise en garantie de la rente est opérée au vu du récépissé de la consignation.

202. — SITUATION ACTUELLE. — Les réformes accomplies en 1892 (suppression de la faculté d'hypothéquer la rente), en 1895, (morcellement des rentes habous) et surtout en 1905 (rachat des rentes) marquent de nouvelles étapes dans l'évolution de l'enzel. Une dernière réforme reste à accomplir : celle qui, en France, a été consacrée par l'art. 529 C. civ. ⁽¹⁾. La rente de l'enzel cessant d'être un droit réel immobilier, le contrat d'enzel se confondrait avec la vente, il serait une vente dont le paiement du prix en capital serait différé au gré de l'acheteur. Je considère cette réforme comme devant nécessairement se réaliser un jour. L'enzel a perdu dans l'opinion commune son caractère distinctif. Aux yeux du public, tout au moins du public européen, l'enzeliste est un propriétaire comme les autres, le crédi-rentier n'est qu'un créancier, le plus souvent un petit créancier, car pour tous les contrats anciens, la hausse des immeubles et la dévalorisation des rentes ont considérablement accru la disproportion qui existait déjà avant la guerre entre les droits de l'une et de l'autre parties.

On doit cependant prendre garde que cette transformation n'ait pour résultat de précipiter la disparition des conventions d'enzel : lorsque la rente, au lieu d'être une charge qui suit l'immeuble, sera une dette personnelle de l'acquéreur devant rester à la charge de celui-ci et de ses héritiers jusqu'à ce qu'il plaise aux tiers détenteurs de la racheter, le contrat d'enzel perdra beaucoup de son attrait pour le débi-rentier. Peut-être en perdra-t-il même pour le vendeur, car la fiction qui sauvegarde encore les principes de l'inaliénabilité des *habous* et de la prohibition de l'intérêt sera anéantie.

L'heure de cette ultime réforme est-elle venue ? Tous ne souhaitent pas la disparition de l'enzel ⁽²⁾. Ce contrat subit aujourd'hui un certain discrédit du fait de la dévalorisation du franc, mais, dans une période de stabilité économique, il peut retrouver un peu de son ancienne faveur et de nouveau rendre des services.

(1) M. Labbe conclut en faveur de la transformation du contrat d'enzel en vente définitive comme la seule qui fournisse « une construction juridique irréprochable ».

(2) V. Procès-verbaux du Grand Conseil, 1928, p. 389. V. aussi Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, 1900, p. 973.

SECTION IV

L'USUFRUIT DES IMMEUBLES — L'USAGE ET L'HABITATION

203. — RENVOI. — Toute cette partie de la loi foncière est empruntée au code civil. Le législateur de 1885 a extrait des art. 578 à 624 du code et reproduit littéralement tout ce qui concerne l'usufruit des immeubles (art. 90 à 133) ⁽¹⁾.

Les art. 134 à 145 relatifs aux droits d'usage et d'habitation correspondent aux art. 625 à 636 du C. civ. Leurs dispositions ne concernent pas les droits d'usage sur les forêts et les terres domaniales qui sont régis par des décrets spéciaux.

SECTION V

L'EMPHYTÉOSE

204. — ORIGINE. DÉFINITION. — La loi foncière a réglementé l'emphytéose que le code civil avait passé sous silence, mais que la jurisprudence considérait néanmoins comme un droit réel immobilier ⁽²⁾. Elle a emprunté les dispositions qu'elle lui consacre à la loi belge du 10 janvier 1824 ⁽³⁾. Comme cette loi, elle définit l'emphytéose « un droit réel immobilier qui consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui sous la condition de lui payer une redevance annuelle soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son droit de propriété » (art. 146).

205. DURÉE. L'emphytéose ne peut être établie pour moins de 20 ans (au lieu de 27 en Belgique et de 18 en France) ni au delà de 99 ans. On n'a pas admis qu'elle pourrait être créée pour trois générations comme il était de tradition en France.

(1) Dans l'art. 122, sont amalgamés les art. 611 et 1.020 C. civ.

(2) La loi française du 25 juin 1902, a donné un statut au bail emphytéotique.

(3) Rapport Pontois, *R. A.*, 85, 1, 136.

206. — PRÉSUMPTION LÉGALE. — La loi tunisienne ajoute à la loi belge que tout bail de 20 ans et au dessus « sera présumé bail emphytéotique, à moins de stipulation contraire soit dans le bail, soit dans un acte séparé » (art. 147). En France, pour distinguer l'emphytéose du louage, on recherche quelle a été l'intention des parties; on voit des caractéristiques du bail emphytéotique dans l'obligation pour le preneur d'améliorer la propriété ⁽¹⁾, dans la modicité de la redevance, dans la faculté donnée au preneur de disposer de son droit. L'art. 147, au contraire, a cru devoir créer une présomption et la baser uniquement sur la durée du bail. En fait, l'emphytéose n'est pas entrée dans les mœurs; elle est peu usitée en Tunisie. Par contre, les baux à long terme paraissent devenir assez fréquents, sans qu'il soit dans l'intention du bailleur de consentir à un démembrement de son droit de propriété. Il est prudent que le propriétaire précise son intention dans le bail. A défaut d'une clause expresse, des conditions incompatibles avec l'emphytéose, par exemple l'interdiction de céder le bail et de sous-louer, seraient cependant suffisantes, à mon avis, pour détruire la présomption de l'art. 147.

207. — DROITS DE L'EMPHYTÉOTE. — L'emphytéote exerce tous les droits attachés à la propriété, avec cette seule restriction qu'il ne doit rien faire qui diminue la valeur du fonds. Il est dit expressément qu'il peut aliéner son droit, l'hypothéquer et grever l'immeuble de servitudes pour la durée de sa jouissance (art. 148). Il peut être exproprié par la voie de la saisie immobilière (art. 287).

208. — ABSENCE DE RÉGLEMENTATION. — La loi ne dit rien des obligations réciproques du propriétaire et de l'emphytéote ⁽²⁾. D'après la loi belge, l'emphytéote n'a droit à aucune remise de la redevance pour diminution ou privation de jouissance, sauf le cas de privation totale pendant cinq années; le propriétaire n'est tenu à aucune réparation; l'emphytéote doit exécuter « les réparations ordinaires »; il a le droit d'enlever les constructions et plantations qu'il a faites sans y être astreint par la convention, mais ne peut exiger le paiement de leur valeur à l'expiration du bail. Ces dispositions d'une loi étrangère ne sauraient être appliquées. Mais quelles règles suivre ? J'estime que

(1) L'emphytéose est en principe un contrat de défrichement et de mise en culture. C'est probablement en vue de cette utilité que le législateur de 1885 l'a accueillie.

(2) Au contraire, la loi marocaine contient à ce sujet des dispositions explicites (art. 90 à 94). De même la législation indo-chinoise (art. 81 à 90). Celle de l'Afrique Occidentale déclare applicable la loi française du 25 juin 1902 (art. 22).

par application de l'art. 2 de la loi foncière, il faut se référer au droit français, non pas à la loi du 25 juin 1902, qui est postérieure en date, mais au droit coutumier, qui, en 1885, régissait la matière. Ainsi, on décidera, à défaut, bien entendu, de convention contraire : que le propriétaire conservera, sans indemnité, les constructions et plantations faites par l'emphytéote en exécution du bail (Douai, 8 février 1878, S., 81, 2, 260), que celles faites volontairement par le preneur pourront être enlevées par lui ⁽¹⁾ à la condition de ne pas dégrader l'immeuble (Cass., 22 juin 1885, D., 86, 1, 268).

SECTION VI

LE DROIT DE SUPERFICIE

209. — ORIGINE. DÉFINITION. — Les auteurs de la loi foncière ont encore emprunté à une autre loi belge du 10 janvier 1824 le droit de superficie. « Le droit de superficie est un droit réel immobilier qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages et plantations sur un fonds appartenant à autrui » (art. 150) ⁽²⁾. Il peut être aliéné, hypothéqué, grevé de servitudes (art. 151), saisi immobilièrement (art. 287). Il s'éteint par la confusion et par la destruction du fonds.

210. — CRITIQUE. — La loi ne dit rien de plus. Elle ne reproduit pas les autres dispositions de la loi belge. Il y a une différence considérable entre le droit qu'elle a institué et dont la durée n'est pas limitée légalement et celui reconnu en Belgique, qui est temporaire (50 ans sauf renouvellement). Il est vraisemblable que la loi de 1824 a eu pour objet de répondre à des besoins industriels, de permettre, par exemple, à des exploitants de mines de s'assurer, pour une période correspondant à la durée de la concession, la libre disposition du carreau de la mine et des emplacements nécessaires aux bâtiments de l'exploitation. Il a pu être utile de créer, pour ces besoins

(1) Il en est autrement en France depuis la loi du 25 juin 1902.

(2) Le mot « avoir » paraît indiquer que le droit de superficie suppose des ouvrages ou plantations existants. Le contrat autorisant à édifier des constructions ne suffirait pas à créer le droit. La promesse de superficie ne serait donc pas par elle-même génératrice d'un droit réel et ne serait pas susceptible d'inscription. En sens contraire, art. 23 du décret du 26 juillet 1932 relatif à l'Afrique Occidentale.

spéciaux, un droit réel *sui generis* qui se différencie essentiellement de la propriété en ce qu'il est temporaire. Mais on conçoit mal qu'un droit de superficie d'une durée illimitée soit autre chose que le droit de propriété. « Il est facile de démontrer, écrit M. Planiol ⁽¹⁾, que la loi française admet l'existence de la propriété des surfaces séparée de la propriété du sol. Cela y est écrit en toutes lettres. L'art. 553 dit en effet : « Toutes constructions, plantations et ouvrages sur terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire et lui appartenir si le contraire n'est prouvé ». Le contraire est donc possible, c'est-à-dire que les bâtiments peuvent appartenir à un autre qu'au propriétaire du sol, ou, ce qui revient au même, le superficiaire en est le propriétaire ». La loi foncière a copié l'art. 553 (art. 65). Elle a copié aussi l'art. 664 sur les rapports entre propriétaires d'étages (art. 173). Quels peuvent bien être, dans ces conditions, la nature juridique et le domaine d'application du droit de superficie considéré comme un droit réel sur la propriété d'autrui ? On ne s'explique pas que les auteurs de la loi foncière, empruntant à la loi belge, la définition du droit de superficie, aient laissé de côté, sans motif exprimé, toutes les dispositions qui caractérisaient cette institution et en déterminaient la portée, livrant ainsi à nos méditations, un texte tronqué qui ne se rattache plus à aucun principe, ni à aucune législation connue ⁽²⁾.

241. — DROITS D'ALOU ET DE HAOUA. — Si l'on se reporte au rapport Pontois, on y voit cependant que le législateur a cru pourvoir d'un statut les divisions de maisons entre plusieurs propriétaires. « Il importait, dit ce rapport, de comprendre la superficie parmi les droits réels immobiliers, puisqu'en Tunisie cette séparation entre la propriété du sol et celle des plantations et constructions se rencontre assez fréquemment ». Et plus loin : « Nous n'avons fait que donner un texte précis à un mode de la propriété consacré par les coutumes locales les plus anciennes » ⁽³⁾. Il semble que les auteurs de la loi foncière se sont mépris sur le droit et sur le fait. En droit, car d'après les termes du rapport Pontois ils auraient voulu donner un texte à

(1) *Traité élémentaire de droit civil*, 8^e édition, t. 1, n° 2525.

(2) Le texte tunisien a cependant été reproduit textuellement dans la loi marocaine (art. 97 à 99). Le droit de superficie est aussi sommairement réglementé à Madagascar (art. 21) et en Afrique Occidentale (art. 23). Il n'a pas été consacré par la législation indo-chinoise. L'Alsace-Lorraine a conservé le droit de superficie du droit allemand (art. 111).

(3) *R. A.*, 85, 1, 129 et 136.

« un mode de la propriété » et non pas créer un droit réel nouveau limitant, démembrant la propriété d'autrui. En fait, parce qu'il n'existe pas, ou bien rarement, de construction édifiée sur le terrain d'autrui. Ce que l'on trouve souvent dans la ville arabe de Tunis, ce sont les droits d'*alou* et de *haoua*. L'*alou* est un étage appartenant à un autre propriétaire que le rez-de-chaussée, le *haoua* désigne le dessus non construit d'un rez-de-chaussée, lorsque le propriétaire de ce rez-de-chaussée est limité à la terrasse et que l'aire supérieure appartient à une autre personne. Ni l'un, ni l'autre de ces droits ne paraît entrer dans le cadre du droit de superficie : l'*alou* parce qu'il est une véritable propriété selon notre code civil et selon la coutume musulmane, le *haoua* parce qu'il ne correspond nullement à l'objet du droit de superficie, étant une partie de l'espace non construite. Le Tribunal mixte a rendu de nombreuses décisions immatriculant des étages de maisons arabes comme faisant l'objet d'un droit de propriété ⁽¹⁾. Quant aux *haoua*, ils sont une propriété du droit tunisien non susceptible d'immatriculation, l'art. 14 de la loi foncière disposant que « les fonds de terre et les bâtiments » peuvent seuls être immatriculés ⁽²⁾.

212. — PLANTATIONS. — Le droit de superficie a trouvé quelques applications dans les plantations d'oliviers et dans les palmeraies. On y rencontre des arbres qui n'appartiennent pas au même propriétaire que le sol. Il est de coutume, par exemple, dans certaines oasis, de constituer en *habous* un palmier-dattier pour attirer sur la plantation les bénédictions du ciel. Le Tribunal mixte ordonne l'inscription sur le titre du propriétaire du fonds, d'un droit de superficie limité à l'arbre et devant prendre fin à la mort de cet arbre (*T. M.*, 23 avril 1912, *R. A.*, 12, 2, 387).

(1) Il est important de noter que, dans la coutume musulmane et contrairement à ce qu'on admet généralement en France, le propriétaire de l'*alou* n'est pas co-propriétaire du sol et du gros œuvre. Le terrain et les murs jusqu'à la hauteur du plafond appartiennent exclusivement au propriétaire du rez-de-chaussée. Le Tribunal mixte n'a pu que consacrer la situation antérieure. L'art. 173 qui reproduit l'art. 664 du code civil ne paraît pas, dès lors, devoir être appliqué à ces maisons arabes et, pour régler les rapports entre le propriétaire du rez-de-chaussée et celui de l'étage, ce serait aux usages locaux qu'il faudrait se référer. Dans ces dernières années, le Tribunal mixte a ordonné l'inscription sur le titre du rez-de-chaussée d'une servitude *oneris ferendi* et sur le titre de l'étage d'une servitude consistant en l'interdiction d'effectuer tout exhaussement susceptible d'aggraver la charge du rez-de-chaussée.

(2) *Les droits de haoua et d'alou devant l'immatriculation en Tunisie*, par. M. E. H. Labbe, *R. A.*, 29, 1, 37. V. aussi, *Des droits et obligations entre propriétaires d'héritages voisins*, traduction Barbier, *R. A.*, 00, 1, 21.

SECTION VII

LES SERVITUDES FONCIÈRES

§ 1. — Généralités

213. — DÉFINITION. — La loi tunisienne a reproduit la plupart des dispositions du code civil au sujet des servitudes.

Elle en donne la même définition : « une charge imposée sur un immeuble, pour l'usage et l'utilité d'un immeuble appartenant à un autre propriétaire ». Comme en France, les servitudes doivent donc être établies au profit d'un fonds sur un autre fonds.

214. — CARACTÈRES JURIDIQUES. — Elles sont des droits accessoires attachés au fonds dominant : elles se transmettent nécessairement avec lui, le suivent dans toutes les aliénations, sont comprises dans l'hypothèque qui le grève ou dans la saisie dont il est l'objet. Les obligations qui en résultent pour le propriétaire du fonds servant sont des obligations *propter rem*, transmissibles aux propriétaires successifs et dont le propriétaire peut s'affranchir par le déguerpissement. Les servitudes sont, de leur nature, perpétuelles, sauf convention contraire. Elles sont enfin indivisibles : un co-propiétaire ne pourrait en grever sa part indivise, ni en stipuler au profit de sa part indivise, ni renoncer à celles existant. En cas de division du fonds servant ou du fonds dominant, elles subsistent sans diminution ni aggravation. Il est également nécessaire que les deux héritages appartiennent à des propriétaires différents : *nemini res sua servit*. Cependant, l'art. 211, qui disposait que la servitude est éteinte lorsque les deux immeubles sont réunis dans la même main, a été abrogé en 1892. Dans la pratique, des inscriptions de servitudes sont prises au profit d'autres immeubles appartenant au même propriétaire ou même sur une parcelle au profit des autres parcelles du même titre de propriété. Ces inscriptions doivent être considérées comme devant produire effet seulement le jour où, soit le fonds dominant, soit le fonds servant, aura été muté au profit d'un autre propriétaire ⁽¹⁾.

(1) En somme, c'est l'inscription de la destination du père de famille, *Infra*, n° 224.

§ 2. — Différentes sortes de servitudes

215. — CLASSIFICATION. — On retrouve dans la loi foncière les mêmes classifications des servitudes que dans le code civil : servitudes naturelles, servitudes légales, servitudes du fait de l'homme, d'une part (art. 154); servitudes continues et discontinues, apparentes et non apparentes, d'autre part (art. 195 et 196). La première distinction est spécialement importante, car, aux termes de l'art. 154, les servitudes naturelles et légales ne sont pas assujetties à l'inscription ⁽¹⁾. La deuxième, au contraire, a perdu une grande partie de son intérêt depuis la revision de la loi en 1892, qui a fait disparaître la prescription et la destination du père de famille comme modes d'acquisition des servitudes ⁽²⁾.

216. — SERVITUDE NATURELLE. ECOULEMENT DES EAUX. — Il n'y a qu'une servitude naturelle, celle qui assujettit le fonds inférieur à recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur. Les propriétaires peuvent être constitués en associations pour la défense contre les eaux nuisibles, pour le drainage ou l'irrigation, conformément aux dispositions du décret du 25 mai 1920; mais il n'y a pas, dans l'état actuel, de législation au sujet de l'aggravation de servitude qui peut résulter des travaux pour les fonds inférieurs : la loi foncière ne se réfère pas aux lois françaises des 29 avril 1854 et 10 juin 1854 ⁽³⁾; à plus forte raison, celle du 8 avril 1898, n'est pas applicable, étant postérieure à la loi foncière.

217. — SERVITUDES LÉGALES D'INTÉRÊT PUBLIC. — La loi énumère le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics (art. 160) et encore la réglementation, par arrêtés municipaux, de l'élévation des constructions urbaines (art. 187). Il faut y ajouter les servitudes qui résultent de la législation administrative : signalons le décret du 12 octobre 1887 sur l'installation des lignes télégraphiques et téléphoniques, le décret du 10 juillet 1888 sur les francs bords des aqueducs et conduites d'eau pour l'alimentation des villes, le décret

(1) *Supra*, n° 119. *Infra*, n° 418.

(2) Cette classification n'est pas énoncée dans la loi marocaine.

(3) La question avait été signalée à la commission par M. Fabry (note non publiée); d'autre part, il est indiqué dans le rapport Pontois que, seuls, les art. 640 et 647 C. civ. sont mis en vigueur, *R. A.*, 85, 1, 137.

du 16 octobre 1897 sur les abords des voies ferrées, le décret du 18 octobre 1906 sur les servitudes *non oedificandi* au profit du domaine militaire, le décret du 8 janvier 1920, sur les antiquités romaines (art. 9 et 12), les décrets des 25 janvier 1929 et 31 août 1933 sur les servitudes d'urbanisme.

218. — SERVITUDES LÉGALES D'INTÉRÊT PRIVÉ. — L'égoût des toits est régi par une disposition analogue à l'art. 681. Comme le code civil, la loi renvoie aux usages et règlements municipaux en ce qui concerne la distance à observer pour les divers travaux susceptibles de nuire au voisin : puits, fosses d'aisances, cheminées, fours, étales, etc... (art. 183). Il en est de même de la distance à observer pour les plantations; à défaut de règlements et usages, la distance est, comme en France, de 2 mètres pour les arbres et 0 m. 50 pour les arbustes de moins de 2 mètres de hauteur.

219. — VUES ET JOURS. — La question des vues et jours sur la propriété d'autrui, importante en tous pays, est particulièrement délicate en pays musulman. La loi foncière avait établi des prohibitions tout à fait excessives et qui avaient, en outre, le défaut de s'appliquer aussi bien dans les quartiers européens que dans les quartiers arabes. Par contre, elle instituait un délai beaucoup trop court (six mois) pour réclamer contre l'ouverture de portes ou fenêtres. Ces dispositions ont donné lieu à de graves difficultés ⁽¹⁾. Le décret du 10 avril 1898, modifiant les art. 185 à 187, a adopté les règles du code civil. Le délai de réclamation, d'autant plus inexplicable que l'acquisition des servitudes par la prescription avait été abrogée en 1892, a été supprimé. En vue de ménager les susceptibilités d'une partie de la population, l'art. 187 dispose toutefois que, dans les quartiers qui seront déterminés par arrêtés municipaux, les fenêtres et balcons placés à la distance légale, mais ouvrant sur l'intérieur de l'habitation du voisin sans l'interposition d'une voie publique, devront être garnis de volets ou persiennes fixes à lames horizontales jusqu'à la hauteur de 19 centimètres au-dessus du plancher.

220. — PASSAGE EN CAS D'ENCLAVE. — Mêmes règles que dans le code civil. A signaler que l'assiette et le mode de la servitude sont

(1) Alger, 23 mai 1898, *J. T.*, 99, 162.

déterminés par 20 ans d'usage continu, délai emprunté à la prescription du droit musulman. L'action en indemnité est prescriptible.

221. — SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME. — La loi foncière reproduit l'art 666 C. civ.; les propriétaires peuvent donc constituer toutes les servitudes qu'il leur plaît de créer, « pourvu qu'elles ne soient imposées ni à la personne ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds ».

222. — MITOYENNETÉ. — Les règles de la mitoyenneté sont empruntées au code civil, mais avec cette différence importante que le voisin n'a pas droit à l'acquisition de la mitoyenneté, il peut seulement acquérir celle de l'exhaussement d'un mur mitoyen (art. 172) ⁽¹⁾. Le rapport Pontois donne les motifs, qui sont d'ailleurs discutables, de la solution adoptée par les auteurs de la loi ⁽²⁾. Il y a lieu de signaler que, d'après l'art. 165, les murs sur lesquels s'appuient les constructions édifiées sur voûtes au-dessus des rues arabes sont mitoyens, s'il n'y a titre contraire. Or, le voisin, co-propiétaire du mur, a généralement des ouvertures faisant communiquer son rez-de-chaussée avec la rue et peut avoir besoin d'en pratiquer de nouvelles. Cela est inconciliable avec les règles de la mitoyenneté, notamment avec l'art. 171 d'après lequel l'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement sans le consentement de l'autre. Cette situation appelle évidemment une réforme.

223. — SERVITUDES D'INDIVISION FORCÉE (PARCELLES COMMUNES). — La pratique a créé en Tunisie, comme en France, des indivisions forcées. Certaines parties de la propriété sont, dans les allotissements, laissées dans l'indivision pour l'usage commun et la desserte des lots (chemins ruraux d'exploitation, allées ou passages urbains, couloirs, escaliers, puits). Ces parcelles indivises sont dans une situation semblable à celle des murs mitoyens. La jurisprudence refuse aux co-propriétaires l'action en partage, l'art. 815 C. civ. n'est pas applicable aux choses affectées comme accessoires indispensables à l'usage de deux ou plusieurs immeubles. (Cass., 17 mai 1887, D. 88, 1, 60; Cass., 24 avril 1907, D., 09, 1, 316).

(1) Sur les questions que soulève en Tunisie la législation de la mitoyenneté, voir l'article publié par M. E. H. Labbe dans la *Revue Algérienne* (32, 1, 41). Alger, 30 décembre 1930 (*R. A.*, 32, 2, 7). Alger, 9 novembre 1932 (non publié).

(2) *R. A.*, 85, 1, 137.

Adaptant leur état juridique au système de la publicité réelle, en Tunisie, le conservateur fait figurer ces dépendances indivises, sous l'appellation de « parcelles communes » sur les différents titres de propriété dont elles sont l'accessoire et mentionne sur chacun d'eux l'affectation qui leur a été donnée.

§ 3. — Etablissement, exercice et extinction des servitudes

224. — Etablissement des servitudes. — Selon le premier texte de la loi foncière, les servitudes s'acquéraient par titre, par la possession de vingt ans et par la destination du père de famille. Le législateur de 1892, ayant aboli l'acquisition de la propriété par la prescription, a accompli la même réforme en matière de servitudes ⁽¹⁾. La deuxième sous-commission s'exprime, à ce sujet, en ces termes : « La question de la prescription se présentait également pour l'établissement et l'extinction des servitudes. Votre sous-commission a pensé que l'établissement par prescription d'une servitude non inscrite correspondait à une charge occulte; elle vous propose de décider que les servitudes ne peuvent s'acquérir que par titre ni exister sans inscription. Elle a reconnu en particulier que la destination du père de famille peut et doit être soumise à l'inscription ». En conséquence, il ne reste des anciens textes reproduits du code civil que cette disposition de l'art. 497 : « Les servitudes ne peuvent s'établir que par titre » ^{(2) (3)}.

225. — Exercice des servitudes. — Nous retrouvons ici les règles françaises. Les art. 203 à 208 de la loi foncière correspondent aux art. 697 à 702 du code civil.

226. — Extinction des servitudes. — La commission de 1892 a remanié les textes primitifs qui étaient ceux du code civil. Aux termes du nouvel art. 209, la servitude est éteinte lorsque le fonds se trouve en tel état qu'on ne puisse user de la servitude et que le non-usage a duré pendant 20 ans. Cet article est une combinaison des art. 703 et 706 de notre code. A mon avis, on doit l'interpréter ainsi

(1) *Supra*, n° 174.

(2) Application : Tunis, 20 février 1907, *J. T.*, 07, 270.

(3) Le mot « titre » n'a pas ici le sens d'écrit (*instrumentum*), mais, ce qui est bien différent, celui d'opération juridique (*negotium*). Les tribunaux peuvent donc reconnaître l'existence d'une servitude, même en l'absence d'un écrit régulier la constatant, s'il est établi, par tout autre mode de preuve admissible, qu'elle a été constituée par une convention opposable au propriétaire.

qu'il suit : l'extinction de la servitude n'a lieu que si les deux conditions, impossibilité d'user et non usage pendant 20 ans, sont l'une et l'autre réalisées. L'impossibilité d'user n'éteint pas par elle-même le droit à la servitude, elle n'est qu'un obstacle de fait à son exercice. Si cet obstacle disparaît, par suite de la modification des lieux, avant vingt ans de non usage, la servitude ne revit pas, elle continue. Mais l'existence de cet obstacle de fait est nécessaire pour que le non-usage éteigne la servitude. Le simple non-usage, quelle qu'en soit la durée, ne suffit pas à la faire cesser ⁽¹⁾.

Aux termes de l'art. 213, les vingt ans commencent à courir, pour les servitudes discontinues, du jour où l'on a cessé d'en jouir; pour les servitudes continues du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude; par exemple, s'il s'agit d'une vue, de l'époque où la fenêtre a été bouchée.

D'autres causes, qui ne sont pas énumérées par la loi, peuvent mettre fin à la servitude par application des principes généraux : la perte de la chose sur laquelle elle portait, car un droit ne peut subsister sans objet; le terme extinctif (par exemple si la servitude a été constituée par un emphytéote); la résolution du droit du constituant, dans le cas où elle se trouverait opposable au bénéficiaire de la servitude.

SECTION VIII

L'ANTICHRÈSE

227. — RENVOI. — Les auteurs de la loi foncière ont adopté l'antichrèse du code civil. Il y a donc lieu, pour l'interprétation des textes, de se référer à la doctrine et à la jurisprudence françaises.

On notera cependant que la question de savoir si l'antichrèse est un droit réel est controversée en France. Elle ne peut l'être en Tunisie, l'art. 13 ayant énuméré l'antichrèse parmi les droits réels immobiliers.

228. — RAHN EL ANTIFAA, BIA EL OUAFA, BIA ET TSNIA ⁽²⁾. — L'antichrèse est l'équivalent approximatif de certains des contrats de nan-

(1) La loi marocaine n'a pas suivi sur ce point le texte tunisien : la servitude ne s'éteint pas par le non-usage, elle cesse lorsqu'il y a impossibilité d'en user (art. 153).

(2) LESCURE, *op. cit.*, p. 68. SCAMAMA, *Les hypothèques en Tunisie*, pp. 19 et suiv. BERGÉ, *Répertoire de la jurisprudence tunisienne, Vente à réméré*. FINOCCHI, *Essai sur la législation tunisienne de l'enregistrement*, p. 184.

lisement immobilier qui ont été imaginés par le droit coutumier musulman pour suppléer à l'hypothèque et pour tourner la prohibition du prêt à intérêt. Ces contrats ne sont pas susceptibles d'être inscrits sur le livre foncier; mais il suffit, pour les rendre inscriptibles, que les parties déclarent, par un acte complémentaire, qu'elles entendent constituer une antichrèse régie par les dispositions de la loi foncière.

229. — CRITIQUE. — C'est la seule utilité de l'antichrèse. On ne doit pas s'exagérer cette utilité, car le *rahn et antifaa* et le *bia et tsnia* sont de plus en plus rares en ce qui concerne les immeubles immatriculés et, d'autre part, ils ne méritent pas une grande faveur, étant toujours suspects d'usure. L'antichrèse est une forme du crédit immobilier aussi primitive que les nantissements musulmans. En 1885, M. Fabry proposait de ne pas l'instituer⁽¹⁾; on peut se demander aujourd'hui s'il y a lieu de la maintenir. Peu usitée comme convention principale, elle est, au contraire, très souvent employée accessoirement à une constitution d'hypothèque. La clause suivante est de style pour certains prêteurs : « A défaut de paiement des intérêts ou à défaut de remboursement du capital à l'échéance, le créancier pourra se faire mettre en possession, par simple ordonnance de référé, de la propriété hypothéquée dont les revenus seront perçus par lui en déduction de sa créance; à cet effet, antichrèse éventuelle lui est consentie ». Le rôle que joue ainsi l'antichrèse ne paraît pas très recommandable. Le créancier a, par ailleurs, assez de garanties et de moyens de contrainte. A la rigueur, dans des cas exceptionnels qu'il appartient aux magistrats d'apprécier, il peut y avoir lieu de nommer un séquestre choisi par le juge et agissant sous le contrôle de la justice. Mais la prise de possession par le créancier lui-même devrait être rigoureusement interdite. Une des mesures que l'on peut prendre, que l'on doit prendre, contre l'usure, c'est la suppression de l'antichrèse.

SECTION IX

LES PRIVILÈGES ET LES HYPOTHÈQUES

230. — RENVOI. — Le régime hypothécaire sera étudié spécialement ci-après, dans la III^e partie de cet ouvrage.

(1) Note non publiée.

TROISIEME PARTIE

**ETUDE SPECIALE DES PRIVILÈGES
ET DES HYPOTHÈQUES**

CHAPITRE PREMIER

LES PRIVILÈGES

SECTION I

GÉNÉRALITÉS

231. — DÉFINITION. — L'art. 228 de la loi foncière définit le privilège « un droit réel immobilier que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires ». Cette définition diffère seulement de celle donnée par l'art. 2095 C. civ. en ce que le privilège y est qualifié de droit réel. La réalité des privilèges est controversée en France. Pour certains auteurs, les privilèges spéciaux immobiliers ne sont pas de véritables privilèges, mais des hypothèques privilégiées, les privilèges proprement dits ne constituent pas des droits réels ⁽¹⁾.

232. — SUPPRESSION DES PRIVILÈGES GÉNÉRAUX. — Le législateur tunisien était avant tout soucieux d'établir le crédit hypothécaire sur des bases parfaitement sûres. Cependant, en 1885, il n'avait pas cru devoir écarter les privilèges généraux de l'art. 2101 C. civ. et le texte primitif de la loi foncière admettait les créances énumérées en cet article à passer avant les créances hypothécaires. Des charges occultes, dont le montant total pouvait être relativement élevé, grevaient donc les immeubles. Cela parut contraire au but poursuivi et la commission de 1892 voulut y remédier. Il suffisait, pour cela, de décider que ces privilèges ne seraient pas opposables aux créanciers hypothécaires, c'est-à-dire de les déclasser, de les faire passer après les hypothèques, mais en laissant aux créanciers qu'ils garantis-saient un droit de préférence sur l'excédent du prix. C'est ce qu'avait proposé le projet français de 1850, ce qu'avait fait la loi belge du

(1) PLANIOL, *op. cit.*, t. II, nos 2.545, 2.548, 2.887.

16 décembre 1851 (art. 19), ce qu'a proposé de nouveau la commission extraparlamentaire française de 1892 (avant-projet, art. 7). Mais le législateur tunisien de 1892, bien qu'il ait prétendu avoir imité la loi belge ⁽¹⁾, a fait toute autre chose. Réformant sur ce point comme sur d'autres, d'après des vues superficielles, il a fait bon marché des considérations d'humanité et de décence qui avaient fait reconnaître un droit de préférence aux frais funéraires et de dernière maladie, aux salaires des gens de service, des employés et ouvriers et aux fournitures de subsistances. Les privilèges généraux, autres que celui des frais de justice, ont été purement et simplement supprimés. Les créanciers sont mis au rang des créanciers chirographaires et concourent avec ceux-ci sur la portion du prix des immeubles restant disponible après paiement des hypothèques ⁽²⁾.

233. REMPLACEMENT PAR DES HYPOTHÈQUES DES PRIVILÈGES SPÉCIAUX SUR LES IMMEUBLES. — La loi foncière n'a pas admis les privilèges spéciaux sur les immeubles, mais elle a suppléé, dans une mesure que nous examinerons plus loin ⁽³⁾, aux privilèges du vendeur et du co-partageant par des hypothèques dites « forcées ».

Le seul des privilèges de l'art. 2103 C. civ. qui n'ait pas reçu d'équivalent est celui des architectes et entrepreneurs sur la plus-value donnée aux immeubles par les constructions. Ce ne fut pas un oubli, car la question avait été signalée dans un rapport présenté le 26 décembre 1884 par le syndicat international des intérêts commerciaux de la Tunisie. Les auteurs de la loi ont estimé vraisemblablement que les architectes et entrepreneurs avaient, dans la faculté de stipuler, avant même l'exécution des travaux, une hypothèque conventionnelle, un moyen plus simple et plus pratique de sauvegarder leurs intérêts. Le privilège est, en effet, subordonné par le code civil à des conditions telles qu'il reste à peu près sans application. La commission de 1850, avait proposé sa suppression (rapport de Vatismenil, p. 19). S'il était institué en Tunisie, la nécessité d'une double

(1) « La loi belge a depuis longtemps fait disparaître cette disposition (celle de l'art. 2101): votre sous-commission pense, à l'unanimité, que le principe de la publicité des charges exige une mesure identique » (Rapport de la 2^e sous-commission, p. 20).

(2) La législation d'Alsace-Lorraine consacre les privilèges du droit français en les soumettant à l'inscription; elle dispense toutefois de l'inscription les frais de justice et certains impôts directs et dispose que les autres privilèges des art. 2101 et 2104 prennent rang, à défaut d'inscription, entre les créanciers inscrits et les chirographaires (art. 57). La législation de l'Afrique Occidentale se borne à déclasser les privilèges généraux, autres que celui des frais de justice (art. 27). A Madagascar (art. 30) et au Maroc (art. 154 et suiv.) on retrouve le système tunisien.

(3) *Infra*, nos 308 et suiv.

expertise, avant et après les travaux, s'imposerait, comme en France, à l'effet de déterminer la plus-value. Ces formalités rendraient certainement illusoire la réforme qui a été quelquefois demandée par les groupements intéressés.

234. — ENUMÉRATION DES PRIVILÈGES. — La loi tunisienne a conservé un seul privilège général, celui des frais de justice. Elle a écarté les privilèges spéciaux immobiliers de l'art. 2103, C. civ., mais elle a, par contre, consacré deux autres privilèges qui n'ont pas d'équivalent en droit français : l'un, général, au profit du trésor public, l'autre, spécial, au profit du crédi-rentier de l'*enzel*. Il y a donc, en définitive, trois privilèges qu'énumère l'art. 229 et qui s'exercent dans l'ordre de leur énumération : celui des frais de justice, celui des droits du trésor, celui de la rente de l'*enzel* (ce dernier étant d'ailleurs, à proprement parler, une hypothèque privilégiée).

235. — CARACTÈRE LIMITATIF. — L'énumération de l'art. 229 est limitative. C'est en effet un principe certain que les privilèges, constituant une exception au droit commun, ne peuvent résulter que d'un texte; les dispositions qui les instituent ne peuvent être étendues, par analogie, et les conventions des parties ne sauraient en constituer, hors les cas prévus par la loi (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, n° 306).

236. — DISPENSE DE PUBLICITÉ. — Alors que tout le système tunisien est basé sur la publicité des charges, l'art. 228 dispose exceptionnellement que les privilèges ne sont pas assujettis à l'inscription, sauf celui du crédi-rentier de l'*enzel*. Cette dispense de la publicité est justifiée, nécessaire en ce qui concerne les frais de justice. Nous verrons par quels illogismes elle a été étendue aux droits du trésor public et même à tous les droits du trésor, ce qui revient à attacher le privilège, contrairement à la définition, non pas à la qualité de la créance, mais à la qualité du créancier.

SECTION II

DES DIVERS PRIVILÈGES

§ 1. — Privilège des frais de justice

237. — OBJET. — L'art. 229 déclare privilégiés « les frais de justice » sans autre précision, comme a fait l'art. 2101 C. civ. Mais il

est de principe que les seuls frais privilégiés sont ceux qui ont été utiles aux créanciers. S'il existe un créancier pour qui les frais n'ont pas été utiles, ils ne sont pas privilégiés contre lui. Etant donné qu'il s'agit, dans la loi foncière, de l'application du privilège aux seuls immeubles, il aurait été utile de spécifier la portée du privilège. Les créanciers hypothécaires ne doivent supporter que le prélèvement des frais faits dans leur intérêt, ce qui exclut par exemple les frais de scellés et d'inventaire. D'autre part, comme le fait remarquer M. Labbe dans une note publiée par la *Revue Algérienne* (12, 2, 45), sous le régime du livre foncier, il ne saurait y avoir de frais à faire pour conserver, au profit des créanciers inscrits, l'immeuble dans le patrimoine du débiteur. Les seuls frais privilégiés sont donc, en définitive, ceux faits pour la réalisation de l'immeuble et pour la distribution du prix; l'avant-projet de la commission du cadastre (art. 9) a eu soin d'indiquer cette restriction⁽¹⁾. Au contraire, dans le texte tunisien, la solution est rendue plus obscure du fait de l'art. 230 qui dispose, par inadvertance, que le privilège des frais de justice, comme celui du trésor, s'exerce sur le prix des immeubles seulement à défaut de mobilier (note précitée).

§ 2. — Privilège du trésor public

238. ORIGINE. Ce privilège a été consacré par un des premiers textes du protectorat, qui l'a présenté comme résultant du droit coutumier antérieur : « Le privilège existant dans la Régence au profit du trésor pour le recouvrement de ses créances de toute nature continuera à être admis ». (D., 30 octobre 1884, art. 129, 2^e alinéa). En réalité, la notion de privilège, telle que nous la concevons, paraît avoir été étrangère au droit musulman. Mais les Beys, exerçant le droit du plus fort, avaient pris l'habitude de se faire payer la dîme par préférence aux autres créanciers. C'est cet usage qui a créé le droit.

Les auteurs de la loi de 1885, ajoutèrent aux privilèges de l'art. 2101 « les droits du trésor » sans autre précision. En 1892, on supprima les privilèges généraux, car, disait la sous-commission, « il est facile de reconnaître que les dépenses (qu'ils garantissent) absolument personnelles au propriétaire constituent... autant de charges oc-

(1) De même, les législations de l'Afrique Occidentale (art. 27), de Madagascar (art. 30), du Maroc (art. 155), de l'Indo-Chine (art. 308).

cultes sur la propriété », mais on laissa subsister le privilège du trésor. Logiquement, on aurait dû modifier le texte de manière à en restreindre l'application aux créances de l'Etat qui pourraient être considérées comme des charges de la propriété et à l'écarter, au contraire, quand il s'agissait de « dépenses absolument personnelles au propriétaire ». Mais la sous-commission de 1892 ne se piquait pas de logique, elle ne le fit pas.

239. — PRIVILÈGE SPÉCIAL DES IMPÔTS DIRECTS. — Dans la suite, la législation fiscale a institué, pour divers impôts, un privilège spécial. Les plus importants de ces textes fiscaux sont le décret du 13 juillet 1899 sur le recouvrement des impôts directs perçus par l'Etat et le décret du 16 septembre 1902 relatif à la taxe locative perçue par les communes sur les immeubles bâtis.

240. — CARACTÉRISTIQUES DES PRIVILÈGES DU TRÉSOR. — Il y a donc aujourd'hui deux privilèges du trésor : l'un, général, attaché à la qualité du créancier, qui n'a jamais été l'objet d'aucune réglementation, l'autre, spécial à certains impôts, dont la réglementation varie d'un texte à l'autre. Il n'entre pas dans le cadre de cet ouvrage d'en faire une étude complète. Je me borne à signaler les points essentiels.

1° Privilège général. — Il passe après celui des frais de justice. Il porte sur les meubles et les immeubles. Il doit s'exercer d'abord sur les meubles (art. 230). Les tribunaux ont habituellement déclaré qu'il s'étend à toutes les créances de l'Etat (Tunis, 28 déc. 1899, *J. T.*, 02, 235). Cependant, le Tribunal mixte a estimé qu'il ne saurait être invoqué pour les créances du domaine privé (12 juil. 1911, *R. A.*, 12, 2, 35 et note). La jurisprudence a consacré une atténuation importante : le privilège donne au trésor le droit d'être préféré aux créanciers hypothécaires, seulement à la condition que les droits de l'Etat aient pris naissance avant l'époque où ceux des créanciers hypothécaires ont acquis date certaine (Tunis, 24 janvier 1900, *J. T.*, 00, 288, et Alger, 28 décembre 1901, *J. T.*, 02, 308). Mais la détermination de l'époque où l'on doit placer la naissance des droits du trésor est fort indécise; le jugement et l'arrêt précités rendus dans la même affaire paraissent n'être en opposition que sur ce point.

Quant au droit de suite, la jurisprudence ne paraît pas avoir eu l'occasion de se prononcer; toutefois, nous avons ici un texte qui est

très net : l'art. 275 de la loi foncière, d'où il résulte que le droit de suite ne peut se conserver que par l'inscription.

2° *Privilège spécial.* — Il passe tantôt avant, tantôt après celui des frais de justice. Il prime les hypothèques même antérieurement acquises à des tiers : « les bâtiments, la terre et les arbres, leurs fruits, loyers et revenus constituent, par premier privilège, le gage spécial du trésor pour le recouvrement des impôts qui frappent l'immeuble ou la récolte. Ce privilège spécial s'exerce avant tous autres et prime les droits réels même antérieurement acquis à des tiers » (Décret du 13 juillet 1899). Il comporte le droit de suite; les textes qui régissent les taxes communales vont jusqu'à décider que l'adjudicataire d'un immeuble vendu par autorité de justice est tenu des arriérés de la taxe, même au delà de son prix.

Toutefois, c'est une question délicate et non résolue par la jurisprudence que de savoir si les dispositions de la législation fiscale sont applicables aux immeubles immatriculés en tant qu'ils dérogent à la loi foncière, notamment à l'art. 275 qui soumet tous les privilèges à l'inscription pour l'exercice du droit de suite.

241. — CRITIQUE. — Il n'est pas nécessaire de s'étendre longuement sur les défauts de cette législation. Un privilège occulte au profit de l'Etat pour toutes les créances de celui-ci, quelle qu'en soit l'importance ou l'origine, est la négation même du principe de publicité sur lequel repose tout le régime foncier de 1885 ⁽¹⁾.

Le privilège spécial des impôts directs est sans doute moins exorbitant en ce qu'il garantit des créances qui sont la charge normale de la propriété et dont les tiers ont le moyen de déterminer, au moins approximativement, le montant. Il paraît cependant contestable que, sous un régime qui se flatte de donner aux transactions et au crédit la sécurité la plus complète, ce privilège puisse passer avant des droits antérieurement acquis et publiés et suivre l'immeuble dans ses mutations sans avoir été inscrit.

Si la situation actuelle est périlleuse pour les tiers, elle ne donne pas, par compensation, beaucoup de sécurité au trésor lui-même. En l'absence d'une législation d'ensemble coordonnant le privilège du trésor et les règles du droit foncier, tout est discutable en cette matière. On ne saurait dire dans quel sens se prononcerait la Cour

(1) Voir note sous le jugement du Tribunal mixte du 12 juillet 1911, (R. A., 12, 2, 43).

de cassation si elle était saisie des questions relatives à l'étendue et au rang du privilège, au moment où l'on doit placer la naissance des droits de l'Etat, au droit de suite, etc. L'administration, sentant combien le terrain est glissant, prend soin de faire inscrire le privilège pour certaines créances importantes; pour celles d'origine contractuelle, elle stipule une hypothèque. La législation la plus récente paraît évoluer : le décret du 20 décembre 1927 limite aux revenus le privilège spécial pour le recouvrement des droits de succession; le décret du 23 juin 1930, qui accorde des facilités de paiement aux redevables de ces droits, institue, en outre, un privilège sur les immeubles, mais en le soumettant à l'inscription dans un délai déterminé. C'est évidemment dans cette voie qu'une réforme devrait être cherchée. Sans doute, il est nécessaire que le trésor soit armé, plus même qu'il ne l'est en France, car le recouvrement des impôts et condamnations est, en ce pays, une tâche difficile. On peut donc admettre, pour l'ensemble des créances de l'Etat, à l'exception de celles d'origine contractuelle, l'existence d'une sûreté réelle établie par la loi : mais cette sûreté doit entrer dans le cadre normal des garanties organisées par le droit foncier. Elle ne peut être qu'une hypothèque légale ou forcée, prenant rang à la date de son inscription. Quant au privilège spécial dispensé de la publicité pour le recouvrement des impôts fonciers et droits de mutation, il devrait être limité, comme en France, aux revenus, loyers et fermages de l'immeuble.

§ 3. — Privilège du crédi-rentier de l'enzel

242. — CARACTÈRES PARTICULIERS. — Le privilège est spécial et soumis à des règles particulières qui le classent parmi les hypothèques légales ou forcées plutôt que parmi les privilèges : il est assujéti à l'inscription (art. 84 et 228), il ne prend rang que du jour de son inscription ⁽¹⁾. Cette inscription est prise d'office par le conservateur au moment de l'immatriculation ou au moment du dépôt de l'acte constitutif de l'enzel (art. 358), le droit de suite y est attaché en vertu des art. 87 et 275.

(1) Cette règle, bien qu'elle ne soit pas formellement exprimée, est certaine, mais il est inutile de le démontrer, parce qu'aucune hypothèque ne peut être inscrite du chef de l'enzeliste avant la rente de l'enzel par suite des dispositions combinées de l'art. 357, 2^e alinéa et de l'art. 358. Le crédi-rentier a toujours le premier rang à moins de convention contraire. V. note précitée, *R. A.*, 12, 2, 45.

243. — DIFFÉRENCES AVEC L'HYPOTHÈQUE. — Le privilège du crédi-enzeliste diffère cependant de l'hypothèque à trois points de vue :

1° L'art. 260 dispose, comme l'art. 2147 C. civ., que les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence. Cette disposition n'est pas applicable au crédi-rentier de l'enzel. C'est en cela que consiste le privilège de celui-ci; si l'art. 260 lui était applicable, la sûreté accordée au crédi-rentier n'aurait pu être qualifiée de privilège par la loi; mais il résulte des termes de l'art. 260 et de la rubrique sous laquelle cet article se trouve placé que seules les hypothèques y sont visées.

2° Le privilège garantit à la fois le service ultérieur de la rente et les arrérages échus (art. 87 et 229). L'art. 237 donne au « créancier inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages le droit d'être colloqué, pour une année seulement et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital ». Doit-on dire que les arrérages dont la loi conserve le rang sont seulement ceux d'une année échue et de l'année courante ? L'ancien art. 2151 C. civ., dont notre texte reproduit la formule, a été interprété comme applicable aux rentes en raison de ce que le mot « arrérages » y figure (Poitiers, 7 déc. 1885, D., 87, 2, 60). Le Tribunal mixte a jugé qu'il en devait être autrement en ce qui concerne le crédi-rentier de l'enzel (12 juillet 1911 et note, R. A., 12, 2, 35). La sûreté du crédi-enzeliste n'est pas, comme en France, une hypothèque, mais un privilège. L'applicabilité de l'art. 2151 aux privilèges a été, jusqu'à la loi du 17 juin 1893, controversée en France. En plaçant son art. 237 sous une rubrique spéciale aux hypothèques, le législateur tunisien a pris parti dans cette controverse pour le système qui refusait d'assimiler les privilèges aux hypothèques. Un argument *a contrario* peut, au surplus, être tiré, à l'appui de cette doctrine, de l'art. 89 de la loi foncière. Les arrérages garantis sont donc, en principe, ceux de cinq années, puisque la loi institue une prescription de cinq ans; ils peuvent, toutefois, s'étendre à une période beaucoup plus longue si la prescription a été suspendue ou interrompue. Cela n'est évidemment pas sans inconvénient au point de vue de la sécurité des transactions et du crédit et c'est encore un point sur lequel il conviendrait de réformer la loi.

3° Le droit du crédi-rentier n'est pas susceptible d'être purgé. L'impossibilité de purger résulte de la nature même du contrat d'enzel. L'immeuble grevé ne peut être aliéné qu'avec la charge de la

rente. L'obligation de servir celle-ci est attachée à la possession de l'immeuble ⁽¹⁾. On ne peut purger si l'on est, à un titre quelconque, tenu personnellement de la dette ⁽²⁾.

SECTION III

DROIT DE RÉTENTION

244. — ANALOGIES AVEC LES PRIVILÈGES. — Le droit de rétention équivaut à un privilège. Le rétenteur obtiendra d'être payé avant tous autres : les créanciers du propriétaire de la chose retenue n'obligeront, en effet, le rétenteur à se dessaisir, qu'à la condition de le désintéresser; s'ils font vendre, l'acquéreur ne pourra prendre possession qu'en payant le rétenteur et naturellement, il retiendra sur le prix la somme payée.

245. — APPLICATION AUX IMMEUBLES IMMATRICULÉS. — Si l'on admettait que le droit de rétention est véritablement un privilège, il faudrait décider qu'il est inapplicable aux immeubles immatriculés, car la loi foncière n'en a point parlé et l'énumération des privilèges contenue dans l'art. 229 est certainement limitative; mais, selon l'opinion dominante, le droit de rétention n'est pas un privilège, ni un droit réel. Il dérive de l'*exceptio doli* et se rattache à la théorie des obligations. Dès lors, la loi foncière n'avait pas à s'y référer. Dans le code civil lui-même, on ne trouve d'ailleurs que des allusions à l'existence de ce droit. Il n'y a donc aucun argument à tirer du silence, très explicable, du législateur tunisien. Toute la question est de savoir si le droit de rétention est conciliable avec l'économie générale du système foncier. Dans l'affirmative, nous le déclarerons applicable aux immeubles immatriculés en vertu de l'art. 2 de la loi foncière. Dans la négative, nous devrons l'écarter. La jurisprudence ne paraît pas avoir été encore appelée à se prononcer. On peut présumer que les tribunaux auraient une tendance naturelle à admettre

(1) La clause par laquelle le vendeur déclarerait conserver à sa charge le service de la rente ne peut avoir d'effet qu'entre les parties.

(2) Il va de soi que les rentes, autres que celle d'*enzel*, par exemple les rentes viagères, ne bénéficient d'aucun privilège et qu'elles peuvent seulement être garanties par une hypothèque.

le droit de rétention. Ce droit est trop conforme à l'équité et à nos traditions juridiques pour qu'ils acceptent facilement d'en écarter l'application.

246. — EFFETS A L'ÉGARD DES TIERS. PUBLICITÉ. — Il convient cependant, à mon avis, de faire une distinction suivant que les mentions du livre foncier auront ou non prévenu les tiers de la possibilité de son exercice. Dans beaucoup de cas, les créanciers hypothécaires auront été suffisamment avertis pour qu'ils puissent se voir opposer le droit du rétenteur sans que les principes de publicité et de force probante soient violés. Ce sera, par exemple, un vendeur qui devait être payé à la mise en possession de l'acheteur et qui, ne l'étant pas, refuse la délivrance (art. 1612 C. civ.) : l'inscription de la vente aura généralement informé les tiers que la mise en possession est subordonnée au versement du prix. Ce sera un acheteur à réméré (art. 1673 C. civ.) ou un acheteur ordinaire subissant l'effet d'une condition résolutoire : la clause de réméré ou la condition résolutoire aura été publiée. Il s'agira du remboursement des impenses dues à un co-héritier soumis au rapport (art. 867 C. civ.), à un usufruitier lors de la cessation de l'usufruit, dans les cas où il peut prétendre à ce remboursement, à un héritier apparent ⁽¹⁾ (si la dévolution apparente de la succession a été inscrite, puis rectifiée), au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué évincé par les créanciers qui peut, d'après la jurisprudence, opérer un prélèvement sur le prix d'adjudication. Dans tous ces cas, les tiers supporteront les conséquences légales d'une situation juridique dont ils ont eu connaissance par la lecture du titre de propriété; ainsi mis en garde, il leur appartenait de se renseigner sur la situation de fait et, s'ils ont négligé cette précaution, ils ne devront imputer le préjudice subi qu'à leur propre impéritie.

La situation est autre si le rétenteur ne peut baser sa prétention sur aucun titre juridique inscrit. L'acheteur à réméré ou sous condition résolutoire qui n'aurait pas, en temps utile, fait inscrire sa vente, l'héritier soumis au rapport qui n'aurait pas fait inscrire sa donation (ces cas ne sont que des exemples) ne saurait prétendre être préféré à des créanciers hypothécaires qui ont traité de bonne foi avec le propriétaire désigné par le livre foncier et se sont eux-mêmes conformés à la loi. De même, le possesseur de bonne foi, qui a construit

(1) Cas controversé.

sur le terrain d'autrui (art. 555 C. civ.), ne pourra être admis à opposer aux tiers, qui ont ensuite traité avec le propriétaire véritable, le droit de rétention, que lui reconnaît la jurisprudence, s'il n'a pas obtenu l'inscription du titre en vertu duquel il croyait être propriétaire. Il en doit être ainsi et les règles de publicité et de force probante instituées par la loi au profit des tiers doivent prévaloir toutes les fois que les mentions du titre de propriété n'ont pas mis ces tiers en mesure de se rendre compte qu'il pouvait exister une créance garantie par le droit de rétention.

SECTION IV

SÉPARATION DES PATRIMOINES

247. — SILENCE DE LA LOI FONCIÈRE. — C'est un des points les plus délicats de notre droit foncier que celui de savoir si le bénéfice de la séparation des patrimoines peut être invoqué en ce qui concerne les immeubles immatriculés et quelles seraient les modalités de son application.

248. — CONFLIT DES LOIS. — Une première difficulté se présente : la séparation des patrimoines est-elle dans le domaine de la loi personnelle du *de cuius* ou dans celui de la *lex rei sitae* ? C'est une question sujette à controverse ⁽¹⁾.

Si nous admettons que la séparation fait partie du statut successoral, nous déciderons qu'elle est sans application lorsque ce statut ne la comporte pas ; il en est vraisemblablement ainsi pour les successions des tunisiens, musulmans ou israélites. Pour les français, nous pourrions nous référer avec certitude au code civil, mais pour les italiens par exemple, nous trouverons des règles sensiblement différentes (art. 2054 à 2065 C. civ. italien). Nous aurons alors à nous demander dans quelle mesure ces règles des lois étrangères sont applicables aux immeubles, dans quelle mesure elles ne sont pas contraires à l'ordre public international. Un jugement du Tribunal de Sousse du 13 mars 1890 (*R. A.*, 90, 2, 457; *Journ. du Dr. intern.*, 91, 975), qui est un des rares monuments de jurisprudence existant

(1) WEISS, *op. cit.*, t. IV, pp. 578 et suiv.

sur la question, se prononce pour la loi personnelle, donc décide que le créancier de la succession d'un étranger ne peut exercer l'action en séparation que si ce droit lui est reconnu par la loi nationale du défunt, mais il ajoute que « lorsqu'il s'agit de déterminer les effets que peut produire la séparation des patrimoines sur les immeubles dépendant de la succession, c'est à la loi qui régit lesdits immeubles, dans l'espèce, à la loi tunisienne, qu'il faut recourir » ⁽¹⁾.

249. — CONTROVERSE SUR LA NATURE DU BÉNÉFICE DE SÉPARATION DES PATRIMOINES. — Le problème du conflit des lois ainsi résolu, il faut rechercher si le législateur tunisien de 1885 a entendu admettre la séparation des patrimoines, en d'autres termes, si celle-ci doit être déclarée applicable aux immeubles immatriculés en vertu de l'art. 2 de la loi foncière lorsque le statut successoral du *de cuius* la comporte ou si elle doit être repoussée comme contraire aux dispositions de cette loi. On résoudra cette question suivant le parti que l'on prendra dans la controverse bien connue relative à la nature du droit de préférence des créanciers de la succession. En doctrine, on considère généralement que ce droit ne constitue pas un privilège. Mais, en jurisprudence, l'opinion contraire prévaut : de nombreux arrêts d'appel et un arrêt de cassation (Cass. req., 27 juillet 1870, D., 71, 1, 352; Aix, 4 déc. 1893, D., 95, 2, 273; Paris, 15 mars 1933, J. C., 33, 297) ⁽²⁾ ont notamment décidé que l'inscription conservait le droit de suite au profit des créanciers de la succession; toutefois, certaines cours d'appel se sont ralliées à l'opinion de la majorité des auteurs (Bordeaux, 4 avr. 1914, D., 13, 2, 352; Montpellier, 26 nov. 1923, D., 25, 2, 80).

250. — APPLICATION AUX IMMEUBLES IMMATRICULÉS. — Si l'on reconnaît à la séparation des patrimoines le caractère d'un privilège, on décidera qu'elle ne peut être inscrite sur le livre foncier, car l'art. 229 ne la prévoit pas et aucune autre disposition de la loi tunisienne n'en a parlé. Au contraire, si l'on considère le bénéfice accordé aux créanciers de la masse successorale comme un droit de préférence *sui generis* — ce qu'à mon avis il est réellement — on ne saurait le déclarer contraire aux principes de la loi foncière, puisqu'il est soumis à la règle de la publicité. On l'admettra avec la limitation

(1) Il s'agissait d'immeubles non immatriculés.

(2) Voir également Cass. req., 28 juin 1933 (J. C., 33, 247).

que lui assigne le système de la doctrine, à savoir que l'inscription n'a pas pour effet de donner aux créanciers le droit de suite ⁽¹⁾.

251. — RANG DE L'INSCRIPTION. — D'après l'art. 2.111, C. civ. les hypothèques grevant les biens successoraux du chef des héritiers sont primées par les créanciers de la succession si ceux-ci se sont inscrits dans les six mois du décès. En Tunisie, cette inscription ne prendra jamais rang qu'à sa date. La séparation des patrimoines ne peut être admise que dans la mesure où n'est pas violé le principe fondamental de la publicité. Sous notre régime foncier, aucune inscription ne produit d'effet rétroactif. Aux termes de l'art. 259, les hypothèques forcées qui remplacent les privilèges immobiliers et les hypothèques légales n'existent à l'égard des tiers et n'ont rang entre les créanciers que du jour de leur inscription. Il serait d'une grande inconséquence d'accorder à la séparation des patrimoines un traitement que la loi a refusé même à l'hypothèque du mineur ou de la femme mariée ⁽²⁾.

(1) D'autre part, elle ne rend pas la créance indivisible lorsque le défunt laisse plusieurs héritiers. PLANIOL, *op. cit.*, t. II, n° 2.932.

(2) Il y a d'importantes divergences entre les législations qui se sont occupées de la séparation des patrimoines. Celle de l'Afrique Occidentale, adoptant la solution proposée en France par la commission du cadastre (P. V., fasc. 3, 163, fasc. 7, 231, 250, 261, fasc. 9, 665 et rapport Challamel, fasc. 7, 75), consacre dans son art. 20, l'existence d'un privilège, et, par dérogation au principe de la publicité, elle permet de l'inscrire dans les six mois du décès nonobstant toute aliénation du chef des héritiers. Le *dahir* marocain du 2 juin 1915 (art. 163) institue une hypothèque forcée qui doit être inscrite dans les trois mois du décès et ne prend rang que du jour de son inscription ou de sa prénotation. Enfin, l'art. 50 de la loi du 1^{er} juin 1924 applicable à l'Alsace-Lorraine dispose que « le droit de séparation des patrimoines... est conservé par une prénotation » et que celle-ci ne peut être inscrite après l'inscription du transfert de la propriété à un tiers. On peut voir dans ce dernier texte une consécration par le législateur français de l'opinion selon laquelle la séparation des patrimoines ne constitue pas un privilège, mais un droit *sui generis*.

CHAPITRE II

GÉNÉRALITÉS SUR LES HYPOTHÈQUES

SECTION I

BASES DU RÉGIME HYPOTHÉCAIRE

§ 1. — Vues économiques

252. — IMPORTANCE DU CRÉDIT HYPOTHÉCAIRE AU POINT DE VUE ÉCONOMIQUE. — L'organisation du crédit hypothécaire est un problème d'un intérêt absolument général : les capitalistes se détournent des placements sur hypothèques si ceux-ci ne leur donnent pas des garanties complètes, le crédit de la terre est alors entre les mains des usuriers (exemple : les terres non immatriculées en Tunisie), les capitaux sont peu abondants; le développement économique en est considérablement gêné : les défrichements, les plantations, les constructions se font plus lentement et à des conditions plus onéreuses. Non seulement les propriétaires, mais par la loi d'incidence, les consommateurs et le public, en général, pâtissent de cette situation.

A la Tunisie, qui n'avait pas d'autre richesse que celle existant dans son sol à l'état latent, un bon régime hypothécaire était tout particulièrement indispensable.

253. — CONDITIONS D'UN BON RÉGIME HYPOTHÉCAIRE. — La législation doit s'attacher à satisfaire les divers intérêts en présence qui sont ceux des créanciers, des débiteurs et des tiers acquéreurs. Il est bon de donner aux uns et aux autres le maximum de commodité, mais surtout il faut, dans l'intérêt commun, donner au crédit la sécurité.

Pour que celui qui prête soit sûr d'être remboursé, le droit de propriété de l'emprunteur doit, lui-même, être établi d'une manière incontestable ou — ce qui revient au même au point de vue du crédit — d'une manière qui ne puisse pas être contestée à l'encontre de celui qui a prêté. Cette condition première est réalisée en Tunisie par la

purge des droits antérieurs à l'immatriculation et, en ce qui concerne les mutations ultérieures, par la force probante des inscriptions au profit des tiers.

Ce point étant acquis, il faut encore que le régime hypothécaire proprement dit réussisse à inspirer confiance aux créanciers et aux tiers tout en sauvegardant, autant que possible, les intérêts du débiteur. Il est aisé de démontrer que les hypothèques occultes et indéterminées sont dangereuses pour tous et sont à proscrire rigoureusement, autrement dit, que la législation hypothécaire doit reposer sur deux principes : la publicité des hypothèques et la spécialité des inscriptions.

Il est d'abord essentiel que celui qui prête puisse se rendre compte, sans risque d'erreurs ni longues recherches, des charges grevant déjà la propriété qui lui est offerte en garantie. Il ne saurait acquérir de certitude à cet égard que si toutes les hypothèques susceptibles de primer la sienne sont inscrites et si l'inscription fait connaître à la fois la somme due et les biens grevés.

Quant au débiteur, les hypothèques légales du code civil paralysent son crédit à tel point que la pratique a dû imaginer et la jurisprudence, puis la loi, sanctionner des conventions qui ont pour résultat de priver la femme mariée de toute protection et même de faire de son hypothèque l'instrument de sa ruine. Les hypothèques générales ont des inconvénients presque aussi graves. Il est d'une importance considérable pour le crédit futur du débiteur que celui-ci n'engage pas tous ses biens à la garantie d'un premier emprunt, qu'il ait toute facilité pour en contracter d'autres en cas de besoin. Or, la marge disponible dans son actif immobilier n'apparaîtra clairement que si les hypothèques antérieures ont été spécialisées.

Enfin, la propriété ne se transmettra sans entraves ni dangers que si les tiers acquéreurs connaissent exactement les charges de l'immeuble. La publicité et la spécialité des hypothèques contribuent à la sécurité et à la rapidité des transactions.

Sans doute, en France, le crédit hypothécaire fonctionne, tant bien que mal, malgré des hypothèques légales à la fois occultes et indéterminées, des hypothèques judiciaires générales et des hypothèques conventionnelles médiocrement spécialisées, mais on n'obtient la sécurité que par des procédés empiriques, lents, compliqués et coûteux et, comme je l'ai dit, en retournant contre la femme mariée la protection que la loi a voulu lui accorder. On n'obtient d'ailleurs cette

sécurité approximative que grâce à l'expérience des notaires et à un ensemble de conditions qui, en Tunisie, ne seraient pas réalisables ⁽¹⁾.

254. — INTENTIONS DU LÉGISLATEUR. SOURCE. — Les auteurs de la loi foncière ont entendu donner au crédit immobilier une base solide en appliquant intégralement ⁽²⁾ les principes de publicité et de spécialité. Le législateur tunisien a donc remanié profondément le système du code civil en s'inspirant de la réforme belge du 16 décembre 1854, qui, elle-même, avait eu pour base les projets étudiés en France à la même époque et soumis à l'Assemblée législative.

Les intentions des auteurs de la loi foncière sont exprimées ainsi qu'il suit dans le rapport Pontois : « N'ayant pas lieu de craindre, en innovant sur ce point, de léser les coutumes existantes et des droits acquis, nous vous proposons d'écarter toutes les hypothèques générales et occultes, de réglementer, pour chaque cas particulier, les hypothèques dites légales, de faire disparaître, comme dans le code belge, les hypothèques dites judiciaires et de consacrer, avant tout, comme principe dominant, l'hypothèque prenant sa source dans la volonté de l'homme ».

§ 2. — Principes de publicité et de spécialité ⁽³⁾

255. — PRINCIPE DE LA PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES. — L'art. 238 dispose que l'hypothèque ne s'acquiert que par l'inscription et l'art. 259 que l'hypothèque, soit volontaire, soit forcée, n'existe à l'égard des tiers et n'a rang entre les créanciers que du jour de l'inscription ».

La publicité hypothécaire n'est qu'une application du principe plus général que l'art. 15 exprime ainsi « tout droit réel immobilier n'existera à l'égard des tiers que par le fait et du jour de son inscription ».

256. — RANG DES HYPOTHÈQUES ENTRE ELLES. — La non-rétroactivité des inscriptions, qui est nettement exprimée dans l'art. 259, est

(1) Le système du Code civil est si peu satisfaisant qu'il a fallu donner au Crédit Foncier une législation spéciale.

(2) Sous la réserve que j'ai formulée au chapitre précédent touchant le privilège du trésor.

(3) Alsace-Lorraine, art. 48, 52. Madagacar, art. 18, 34 et 37. Congo, art. 45, 49 et 52. Afrique Occidentale, art. 33 et 35. Maroc, art. 177 et 179. Indo-Chine, art. 148, 156, 158.

la conséquence directe du principe de la publicité. Une hypothèque ou un privilège qui prendrait rang à une date antérieure à celle de son inscription serait, pendant un temps plus ou moins long, une charge occulte de la propriété. L'hypothèque du mineur et celle de la femme mariée ne bénéficient donc pas du rang de faveur que leur accorde le code civil et le rang des hypothèques entre elles est uniquement déterminé par l'ordre des inscriptions ⁽¹⁾.

Toutefois, la loi foncière (art. 260) a conservé la règle du code civil que les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence. Avant elle, la loi belge avait fait de même (art. 81). Au contraire, le Maroc (art. 76 et 77) et la loi du 1^{er} juin 1924 sur l'application du code civil en Alsace et Lorraine (art. 45) consacrent intégralement la règle que l'antériorité du dépôt confère l'antériorité de l'hypothèque. La disposition de l'art. 260, qui ne se justifie pas au point de vue de la logique, est justement critiquée par M. Jacques Scemama ⁽²⁾. Nous en verrons l'inconvénient pratique le plus considérable en étudiant l'hypothèque du vendeur.

257. EFFETS DU DÉFAUT D'INSCRIPTION. — L'hypothèque ne produit aucun effet à l'égard des tiers tant qu'elle n'a pas été rendue publique. Non seulement les autres créanciers hypothécaires et les tiers détenteurs de l'immeuble peuvent la méconnaître, mais encore les créanciers chirographaires. Il en est ainsi sous le régime du code civil, lorsque l'hypothèque n'est pas dispensée d'inscription. A plus forte raison, sous celui de la loi foncière; mais la règle est généralisée, aucune hypothèque n'étant dispensée d'inscription.

Entre les parties, l'inscription est-elle nécessaire ? La loi foncière a admis le principe général du droit français que les droits réels sont transférés par le seul consentement des parties et que la publicité est requise seulement pour rendre le transfert opposable aux tiers. Il n'y aurait aucun motif de douter que ce principe s'applique ici si l'art. 238 ne disait « L'hypothèque est volontaire ou forcée. Elle ne s'acquiert, dans les deux cas, que par l'inscription ». Toutefois, dans cet article, le législateur entendait principalement indiquer que les hypothèques légales ou forcées ne seraient pas dispensées d'inscription. C'est dans l'art. 259 qu'il s'est occupé de l'effet des inscriptions et il a alors précisé. « L'hypothèque, soit volontaire, soit forcée.

(1) Pour les hypothèques constituées pendant l'instance en immatriculation, par la date du dépôt au greffe du Tribunal mixte (*T. M.*, 1^{er} février 1911 et *supra*, n° 105).

(2) *Op. cit.*, p. 242.

n'existe à l'égard des tiers... que du jour de l'inscription ». Donc elle existe entre les parties indépendamment de l'inscription. On en tirera les mêmes conséquences qu'en France :

1° Le débiteur n'a pas qualité pour invoquer les vices ou les lacunes de l'inscription; il n'est pas admis à se prévaloir de la nullité qui peut atteindre celle-ci;

2° L'héritier du débiteur qui détient l'immeuble grevé est tenu hypothécairement pour le tout par l'effet de l'indivisibilité, même si l'hypothèque n'est pas inscrite.

258. — PRINCIPE DE LA SPÉCIALITÉ DES INSCRIPTIONS. — Il ne suffit pas que l'hypothèque soit publiée, il faut aussi que l'inscription détermine et la créance garantie et les biens affectés par l'hypothèque. Le principe de la spécialité se présente sous un double aspect : la spécialité quant aux créances et la spécialité quant aux biens.

Quant aux créances : il n'est pas besoin d'insister sur ce point que la spécialité des créances est le complément nécessaire de la publicité. Qu'importe de savoir qu'un immeuble est grevé de l'hypothèque légale de la femme du propriétaire ou d'un mineur, si l'on ignore à concurrence de quelle somme ?

Quant aux biens : la spécialité du gage est commandée, dans un régime de publicité réelle comme le système tunisien, par l'organisation matérielle des registres. Je me suis déjà attaché à montrer l'intérêt qu'elle présenterait même sous un régime de publicité personnelle : elle permet de proportionner l'importance du gage à l'importance de la dette, sauvegarde le crédit du débiteur et rend plus facile la circulation des biens. Les immeubles qui ne sont pas nécessaires à garantir l'emprunt demeurent libres entre les mains de leur propriétaire. C'est pour celui-ci et pour les tiers acquéreurs un avantage qui, dans la pratique, est des plus appréciés ⁽¹⁾.

La règle de spécialité découle, avec son double caractère, pour les hypothèques du mineur, de l'interdit, et de la femme mariée, des art. 240 et 243, pour l'hypothèque testamentaire de l'art. 254. En ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, la spécialité quant aux biens est énoncée dans l'art. 255, la spécialité quant aux créances dans l'art. 257. Nous retrouverons les applications de la spécialité en étudiant les diverses variétés d'hypothèques et les formes des inscriptions.

(1) Il a été soutenu, à tort, que la spécialité quant aux biens n'offre pas d'intérêt réel, PLANIOL, *op. cit.*, t. II, n° 2667.

SECTION II

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE L'HYPOTHÈQUE

259. — DÉFINITION. — Si la loi tunisienne a, dans l'intérêt du crédit, adopté une organisation nouvelle du régime hypothécaire, elle s'est, au contraire, conformée au code civil en ce qui concerne la théorie générale des hypothèques. L'hypothèque conserve les caractères fondamentaux qu'elle a dans le droit français. Comme celle du code civil (art. 2114), elle est un droit réel immobilier, accessoire d'une créance, de sa nature indivisible (art. 231).

260. - NATURE IMMOBILIÈRE. - On a quelquefois soutenu en France que l'hypothèque participe de la nature mobilière de la créance dont elle est l'accessoire; mais cette opinion est rejetée par la grande majorité des auteurs. L'art. 231 précise qu'elle est un droit réel immobilier.

261. — CARACTÈRE ACCESSOIRE. — La loi n'a formulé aucune dérogation à la règle française que l'hypothèque est un droit accessoire et ne peut exister sans créancier ⁽¹⁾.

Cependant l'hypothèque, en Tunisie comme en France, peut se trouver détachée de la créance. Rien ne s'oppose à ce qu'elle soit constituée pour la sûreté d'une créance future ou conditionnelle. Il en est ainsi, notamment, dans les contrats d'ouverture de crédit : l'hypothèque prend naissance avant la créance qu'elle est appelée à garantir, elle est alors conditionnelle, elle ne produira d'effet que quand le crédit sera réalisé et dans la mesure où il le sera, mais elle prend néanmoins rang du jour de son inscription. Cette solution est admise en France par la jurisprudence. Il importe de signaler qu'elle est consacrée par un texte formel de la loi foncière, l'art. 238 ⁽²⁾ (*Idem*, Maroc, art. 150).

D'autre part, nous verrons ci-après (n° 271) que l'hypothèque peut être cédée sans la créance. « La seule conséquence qu'on puisse logi-

(1) Sur les cédules hypothécaires, *infra*, n° 383.

(2) Il est donc sans intérêt, au point de vue hypothécaire, de mentionner en marge de l'inscription de l'hypothèque la quittance constatant la réalisation du crédit. Cette mention, qui est quelquefois requise, n'a aucune portée.

quement tirer du caractère accessoire de l'hypothèque, c'est qu'elle doit nécessairement se rattacher à une créance, mais rien ne s'oppose, en droit ni en raison, à ce que l'hypothèque rattachée à une créance déterminée puisse être transportée à une autre » (Baudry Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 8^e édit., t. II, n^o 1492).

262. — INDIVISIBILITÉ. — Sauf convention contraire, en cas de division du gage hypothécaire, chaque partie de celui-ci demeure affecté de la totalité de la dette. L'héritier du débiteur, à qui échoit en partage un immeuble hypothéqué, est donc tenu hypothécairement pour le tout, encore qu'il ne doive personnellement que la part de la dette correspondant à sa part dans l'actif de la succession. L'acquéreur d'une part divise ou indivise de la propriété grevée ne peut demander que l'hypothèque soit cantonnée d'après l'importance de la partie de l'immeuble qu'il détient.

De même encore, le créancier qui a hypothèque sur plusieurs biens peut se faire payer entièrement sur l'un ou sur l'autre d'entre eux : si des créanciers postérieurs n'ont d'hypothèque que sur l'un des immeubles, leur sort dépendra du choix que fera le premier créancier. En France, les conflits entre créanciers à hypothèques générales et créanciers à hypothèques spéciales sont fréquents et soulèvent des questions variées et complexes. En Tunisie, les conflits, moins fréquents, puisque les hypothèques générales n'existent pas, peuvent cependant se produire si le gage du premier créancier est plus étendu que celui des créanciers suivants. Ils doivent, en principe, se résoudre de la même manière. Le créancier postérieur a d'abord la ressource de désintéresser le créancier préférable, auquel il est alors subrogé. En outre, la jurisprudence admet que si le prix de deux immeubles est distribué, en même temps, par le même ordre, on ne porte pas atteinte à l'indivisibilité en répartissant la première hypothèque sur les deux propriétés. Seulement, la répartition se fait, non pas proportionnellement à la valeur des biens dont le prix est distribué, mais d'après l'ancienneté relative des hypothèques postérieures (Bordeaux, 8 avril 1908, D., 41, 2, 377). A mon avis, cette dernière solution doit être écartée en Tunisie: le créancier contracte au vu du titre de la propriété sur laquelle il prête, sans avoir à se préoccuper des inscriptions pouvant exister sur les titres des autres immeubles de son débiteur.

263. — CONDITION D'ALIÉNABILITÉ. — Il ne peut y avoir d'hypothèque, soit légale, soit conventionnelle, que sur des biens aliénables.

L'hypothèque est, en effet, destinée à permettre au créancier de se faire payer sur le prix de vente de l'immeuble; elle est une concession du droit d'aliéner (*jus distrahendi*). *Quo mihi pignus si id venderi non liceat ?*

L'art. 233 n'énonce la condition d'aliénabilité que pour le droit de propriété, en disant que pour être susceptible d'hypothèque, celui-ci doit être « dans le commerce », mais la règle est générale et s'applique à tous les droits réels susceptibles d'être hypothéqués.

Les biens dotaux et ceux frappés de substitution ne peuvent donc pas être grevés d'hypothèques.

Il en est de même des *habous* qui forment, en Tunisie, la catégorie de beaucoup la plus nombreuse des biens inaliénables. On a cependant soutenu que les dévolutaires, qui ont sur le bien grevé de *habous* une sorte d'usufruit, peuvent disposer de leur droit si la fondation n'est pas pourvue d'un administrateur ou *mokaddem* (Tunis, 13 juin 1900, *J. T.*, 00, 557; 8 avril 1908, *J. T.*, 08, 488). Pourraient-ils hypothéquer leur droit de jouissance ? Dans le sens de la négative, Tunis, 27 février 1908 (*J. T.*, 08, 478).

Certains usufruits, fondés sur les relations de famille, sont attachés à la personne : ce sont l'usufruit du mari sur les biens dotaux et l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de 18 ans. N'étant pas aliénables, ils ne peuvent être hypothéqués.

C'est pour la même raison que les droits d'usage et d'habitation ne sont pas énumérés par la loi parmi les droits réels susceptibles d'hypothèques.

CHAPITRE III

DES BIENS SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUES

§ 1. Hypothèque des immeubles et droits réels

264. — NATURE DU GAGE HYPOTHÉCAIRE. — A proprement parler, ce ne sont pas les immeubles qui sont hypothéqués, mais les droits réels sur les immeubles. Le créancier hypothécaire, contrairement à l'antichrésiste, n'a pas d'action sur l'immeuble, mais seulement sur le droit du débiteur.

« L'hypothèque est un droit réel établi, pour ainsi dire, au second degré et qui porte sur un autre droit réel... L'hypothèque n'est pas un démembrement de la propriété; c'est une sorte de mise en gage du droit de propriété, il n'y a pas partage des attributs et des avantages de ce droit ». (Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 2701).

265. — ENUMÉRATION LIMITATIVE. — L'art. 233 dispose que « sont seuls susceptibles d'hypothèques : 1° la propriété immobilière qui est dans le commerce; 2° l'usufruit des immeubles, pour le temps de sa durée; 3° l'*enzel*; 4° l'emphytéose, pour le temps de sa durée; 5° la superficie ».

La formule employée indique que cette énumération est limitative. Ne l'indiquerait-elle pas, que cela résulterait du principe général que l'organisation des droits réels intéressant l'ordre public de l'Etat, il n'appartient pas aux particuliers de la modifier à leur gré; l'art. 232 rappelle ce principe en disant « l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi ».

266. — HYPOTHÈQUE SUR LA PROPRIÉTÉ. — L'hypothèque sur la propriété est le cas normal, et quand on dit qu'une hypothèque grève tel immeuble, on entend qu'elle grève le droit de propriété. Elle ne frappe le droit de propriété que dans la mesure où le propriétaire en a l'exercice. La propriété peut avoir été antérieurement démembrée par la constitution de droits réels au profit de tiers : usufruit, usage et habitation, servitudes, emphytéose, superficie. Si ces droits ont

été rendus publics par l'inscription, l'hypothèque n'y porte aucune atteinte. S'ils viennent à s'éteindre, l'hypothèque reprend son empire et grève la pleine propriété.

On doit admettre (ce point est toutefois controversé) que celui qui a la pleine propriété ne peut pas limiter l'hypothèque qu'il constitue, soit à la nue propriété, soit à l'usufruit. Tant que la propriété et l'usufruit continuent à reposer sur la même tête, ils ne peuvent pas être séparés fictivement : l'usufruit est défini, par le code civil et par la loi foncière, le droit de jouir d'un immeuble dont un autre a la propriété; le propriétaire n'a pas d'usufruit sur son propre fonds, *res nemini sua servit*.

267. — HYPOTHÈQUE SUR L'ENZEL. — Nous avons étudié, dans le détail, le contrat d'*enzel* (n^{os} 180 et suiv.). L'hypothèque sur l'*enzel*, c'est-à-dire sur le droit du débi-rentier, est entièrement assimilable à l'hypothèque sur la propriété.

Au contraire, la rente de l'*enzel*, le droit du crédi-rentier, bien que constituant toujours un droit réel distinct, ne peut pas être hypothéqué. Nous avons vu que le texte primitif de l'art. 233 prévoyait l'hypothèque de la rente de l'*enzel*, mais qu'il a été réformé sur ce point lors de la révision de 1892 ⁽¹⁾.

Toutefois, le crédi-rentier de l'*enzel* a, sous le régime de la loi foncière, un autre droit réel : le privilège.

Le privilège, comme l'hypothèque, ne peut pas être hypothéqué, mais il peut être cédé. Nous verrons (n^o 271), comment la pratique arrive à garantir des emprunts sur les rentes d'*enzel* et les créances hypothécaires. La question se pose sensiblement dans les mêmes termes pour les unes et les autres.

268. — HYPOTHÈQUE SUR L'USUFRUIT. — L'hypothèque sur l'usufruit est assez souvent employée, mais surtout comme complément de garantie : elle ne donne, en effet, qu'une sûreté fragile, car elle est, en principe, anéantie lorsque l'usufruit s'éteint. Toutefois, il faut distinguer parmi les causes d'extinction de l'usufruit. La renonciation de l'usufruitier n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires : à leur égard, l'usufruit est réputé continuer jusqu'à son terme naturel, il reste grevé de l'hypothèque entre les mains du propriétaire.

(1) *Supra*, n^o 194. Cette réforme ne s'est pas réalisée sans résistance : Jacques SCHEMAMA, *op. cit.*, p. 167. *T. M.*, 29 déc. 1900. *J. T.*, 01, 288. *T. M.*, 26 oct. 1903, *J. T.*, 03, 617. Tunis, 31 mai 1905, *J. T.*, 05, 541.

De même, en cas de consolidation : que l'usufruitier acquière la nue propriété ou qu'il aliène son droit au profit du propriétaire, au regard du créancier l'usufruit continue fictivement et demeure le gage de la créance. Le cas de déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance est réglé par l'art. 127 de la loi foncière de la même manière que par l'art. 618 C. civ. : les créanciers peuvent intervenir pour la conservation de leurs droits et les juges ont un pouvoir discrétionnaire, soit pour prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, soit pour réserver, au profit de l'usufruitier ou de ses ayants cause le paiement d'une indemnité annuelle.

269. — HYPOTHÈQUE SUR L'EMPHYTÉOSE ET SUR LA SUPERFICIE. — L'hypothèque sur l'emphytéose et celle sur le droit de superficie seraient gouvernées, en ce qui concerne notamment leur extinction, par des règles analogues à celles qui viennent d'être exposées pour l'usufruit. Mais nous avons vu que l'un et l'autre de ces droits réels ont reçu peu d'applications.

270. — HYPOTHÈQUE SUR LES SERVITUDES ACTIVES. — Un droit de servitude ne peut pas être hypothéqué isolément parce qu'il est un droit accessoire, mais il est nécessairement compris dans l'hypothèque du fonds dominant duquel il est inséparable ⁽¹⁾.

La servitude est donc susceptible d'hypothèque et si, à l'exemple de l'art. 2118 C. civ., l'art. 233 ne la nomme pas, c'est simplement parce qu'elle ne peut pas être grevée *principaliter*.

271. — HYPOTHÈQUE DE L'HYPOTHÈQUE. CESSIION DE L'HYPOTHÈQUE. — L'hypothèque ne figure pas dans l'énumération des droits réels susceptibles d'être hypothéqués. Que le silence de l'art. 233 soit la confirmation de la règle française « Hypothèque sur hypothèque ne vaut », c'est un point hors de discussion.

Mais la pratique a créé un type de convention, la cession en garantie ou à titre de nantissement, qui aboutit à un résultat voisin de celui que donnerait l'hypothèque de l'hypothèque : le créancier emprunte en donnant sa créance en gage et en subrogeant à son hypothèque la personne qui lui prête des fonds. Ce contrat est usité en France; il est généralement mentionné en marge de l'inscription d'hy-

(1) Il importe peu que le titre de propriété du fonds dominant ne fasse pas mention de la servitude. Sur l'impossibilité d'inscrire les servitudes actives, *infra*, n° 429.

pothèque et cette mention a notamment pour effet d'empêcher le cédant de disposer du droit hypothécaire au détriment du cessionnaire. Les ouvrages spéciaux témoignent de cette pratique (Boulanger, *Traité des radiations*, n° 69; Jacquet et Vétillard, *Traité de la mainlevée d'hypothèque*, pp. 104 et suiv.).

En Tunisie, où la cession à titre de nantissement est très employée, il y a, au sujet de sa nature, de ses effets et de la publicité qu'elle doit recevoir, des divergences de vue. Tandis que le conservateur de la propriété foncière défère aux réquisitions d'inscrire dont il est saisi très fréquemment, le Tribunal mixte refuse d'ordonner l'inscription de cette convention (10 avril 1907, *J. T.*, 07, 313, et nombreuses décisions postérieures. Note de M. E. H. Labbe, *J. T.*, 07, 407). Les arguments du tribunal paraissent être les suivants :

La cession en garantie ne peut pas être autre chose, au point de vue hypothécaire, que l'hypothèque de l'hypothèque prohibée par la loi. Il peut y avoir, en effet, mise en gage de la créance qui est meuble, mais non pas de l'hypothèque qui est un droit réel immobilier, car le gage est, par définition, le nantissement d'une chose mobilière (art. 2072, C. civ.).

Il n'y a pas lieu d'inscrire le nantissement de la créance : en effet, le livre foncier est uniquement destiné à la publicité des droits réels immobiliers; l'art. 2075 C. civ. a organisé, pour le nantissement des créances, un mode de publicité qui consiste en la signification au débiteur cédé et qui se suffit à lui-même.

A mon avis, la convention, assez improprement dénommée cession en garantie, comprend deux éléments distincts : la mise en gage de la créance et la subrogation à l'hypothèque. La créance n'est pas cédée, mais l'hypothèque est cédée; il y a nantissement de l'une, mais il n'y a pas nantissement, il y a transmission de l'autre; la subrogation à l'hypothèque doit être inscrite, qu'il y ait ou non transport de la créance ⁽¹⁾. L'hypothèque peut, en effet, être détachée de la créance et cédée sans elle (Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 3456). Son caractère de droit accessoire n'y fait pas obstacle (*supra*, n° 261). La validité de la cession de l'hypothèque sans la créance était discutée autrefois; elle ne paraît plus pouvoir être contestée aujourd'hui, car elle a été consacrée en France, non seulement par la jurisprudence, mais par

(1) La loi belge du 10 octobre 1913 a cependant admis qu'il y avait « dation en gage » de l'hypothèque consacrant ainsi l'existence en Belgique d'un nantissement *sui generis*. Elle soumet cette convention à l'inscription. V. *infra*, n° 430.

la loi : la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée qui a été réglementée et soumise à la publicité par les lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889, n'est qu'une application de la cessibilité de l'hypothèque. Le créancier subrogé par la femme mariée n'acquiert pas l'action en reprise de celle-ci, mais seulement son hypothèque. Le cessionnaire en garantie d'un créancier hypothécaire quelconque est dans la même situation. Il n'est pas devenu le titulaire de la créance qui est à la charge du propriétaire de l'immeuble grevé, mais il exerce l'hypothèque au lieu et place du cédant. Lors de la distribution du prix de l'immeuble, ce cessionnaire sera colloqué au rang du cédant à concurrence de la créance de celui-ci ; le cédant sera réputé avoir touché ce qui lui était dû : l'opération ne donnera pas lieu à un sous-ordre, ce qui serait contraire à l'art. 773 C. pr. civ. En résumé, la convention de cession en garantie ne contrevient à aucun texte, elle ne crée pas d'hypothèque sur l'hypothèque.

Au point de vue pratique, elle rend d'incontestables services dans des situations diverses. Elle est, pour les placements hypothécaires, ce qu'est l'avance sur titres pour les valeurs de bourse. C'est, par exemple, un vendeur qui a accordé à son acquéreur des facilités de paiement à un taux d'intérêt peu élevé ; il trouverait difficilement à céder sa créance, mais il pourra aisément emprunter en la donnant en gage, à condition que le prêteur ait la garantie de l'hypothèque ⁽¹⁾. Nous verrons plus loin que non seulement la loi tunisienne n'a rien fait d'utile pour réaliser la mobilisation du crédit hypothécaire, mais encore, que dans l'état des textes et en conséquence des principes généraux de la législation, on doit considérer comme impraticables la plupart des moyens de faciliter la circulation des créances hypothécaires qui ont été imaginés en France ⁽²⁾. La subrogation à l'hypothèque est un des rares procédés de mobilisation admis dans la métropole qui ne soulève pas d'objection spéciale tirée de la loi foncière. Elle donne au crédit hypothécaire un peu de la souplesse qui lui manque. Il serait véritablement bien fâcheux que la jurisprudence arrêtât le développement d'une combinaison dont l'expérience a démontré la grande utilité.

(1) A signaler également l'usage que la Caisse de crédit mutuel immobilier, organisme chargé de financer les habitations à bon marché, a fait de la cession en garantie.

(2) *Infra*, nos 376 et suiv.

§ 2. — Assiette des hypothèques

272. — ETENDUE DU GAGE HYPOTHÉCAIRE. — L'hypothèque ne grève pas seulement le sol et les constructions existantes au moment où elle est constituée, elle frappe également les accessoires du fonds et les améliorations qu'il reçoit. L'art. 234 dispose que « l'hypothèque acquise s'étend aux accessoires réputés immeubles et aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué ». Cette formule, qui est celle de la loi belge (art. 45), consacre les mêmes principes que les art. 2118 et 2133 C. civ., mais avec plus de netteté.

273. — ACCESSOIRES. — Les accessoires grevés sont : 1° les immeubles par destination qui ne peuvent pas être hypothéqués séparément, mais qui sont compris dans l'hypothèque du fonds auquel ils sont attachés; 2° les fruits et récoltes tant qu'ils sont pendants par branches ou par racines; 3° les servitudes actives, comme nous l'avons vu ci-dessus (n° 270).

Un décret du 18 juillet 1927 a institué en Tunisie le nantissement des fonds de commerce en reproduisant la loi française du 19 mars 1909. Le nantissement ne porte, en principe, que sur des choses mobilières; il peut cependant arriver que le matériel commercial doive être considéré comme immeuble par destination ⁽¹⁾. La jurisprudence sur la loi de 1909 ou sur la loi de 1898, que la loi de 1909 a remplacée, décide que dans ce cas, le nantissement n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires (Trib. Dijon, 30 mars 1908, et note, D., 09, 2, 153; Alger, 26 mai 1909, D. 13, 2, 6).

Le décret du 19 août 1900 sur le crédit agricole contient des dispositions différentes. Ce texte ne prévoit le nantissement que des animaux et du matériel non immeuble par destination, mais il permet d'engager « les récoltes détachées ou non » et dispose que le gage donnera au prêteur le droit de se faire payer sur les choses qui en sont l'objet « par préférence aux créanciers hypothécaires ou chirographaires ».

274. — ACCROISSEMENTS NATURELS. — On admet, en droit français, que les accroissements naturels du fonds par alluvions, atterrissements ou relais font partie du gage du créancier, du moins si l'ac-

(1) Il n'a ce caractère que si l'immeuble a été spécialement aménagé en vue de l'usage industriel ou commercial auquel il est affecté. (Sousse, 1^{er} juillet 1904, J. T., 05, 332).

croissement n'est pas assez considérable pour former un fonds nouveau. En Tunisie, les limites sont déterminées d'une manière rigoureusement précise et l'effet des inscriptions ne paraît devoir être étendu, en aucun cas, au delà du périmètre borné.

275. — AMÉLIORATIONS. — Les améliorations résultant de travaux faits sur le fonds hypothéqué, notamment les constructions nouvelles, accroissent le gage du créancier, comme en France. Il y a cette différence importante qu'en Tunisie les architectes et entrepreneurs n'ont pas de privilège à faire valoir à l'encontre des créanciers hypothécaires ⁽¹⁾.

La situation du tiers détenteur qui a amélioré le fonds hypothéqué est réglée par l'art. 268 de la loi foncière, de la même manière que par l'art. 2175, C. civ. Les créanciers s'enrichiraient injustement aux dépens du tiers détenteur qui ne leur doit rien, s'ils profitaient gratuitement des constructions et travaux faits par l'acquéreur. Celui-ci peut donc répéter ses impenses à concurrence de la plus-value. Le paiement de cette indemnité lui est garanti par le droit de rétention (*supra*, n° 246).

276. — ADJONCTION D'ACCESSOIRES NOUVEAUX. — Les accessoires nouveaux qui viennent s'ajouter au fonds sont frappés par l'hypothèque de plein droit. Il en est ainsi des objets nouvellement immobilisés et des servitudes nouvellement constituées pour le service du fonds.

(1) *Supra*, n° 233

CHAPITRE IV

DES DIVERSES VARIÉTÉS D'HYPOTHÈQUES

277. — CLASSIFICATION. — La loi foncière, qui a exclu l'hypothèque judiciaire, classe les hypothèques en deux catégories : les hypothèques volontaires et les hypothèques forcées (art. 238).

Elle subdivise la catégorie des hypothèques volontaires en distinguant parmi celles-ci l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque testamentaire. Cette dernière, que le testateur peut établir sur ses biens pour garantir des legs de sommes d'argent, est de beaucoup la moins importante.

J'examinerai d'abord les deux grandes catégories d'hypothèques : celles qui résultent de la convention des parties, celles qui résultent de la loi. J'emploierai de préférence la terminologie traditionnelle, car il ne m'apparaît pas qu'il y ait des raisons déterminantes d'appeler hypothèques volontaires les hypothèques conventionnelles et hypothèques forcées les hypothèques légales.

SECTION I

DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

278. — FORMES DE LA CONVENTION. — En France, les notaires ont, depuis très longtemps, un monopole en matière d'hypothèques. Le code civil, qui admet la vente par acte sous-seings privés, exige un acte notarié pour l'hypothèque. Il n'y a pas à cela de motif décisif : la disposition de l'art. 2127 C. civ. n'est, en réalité, fondée que sur la tradition. Mais, à vrai dire, la question se présente autrement sous les régimes que caractérise la force probante. Il serait désirable que la force probante des inscriptions fût toujours appuyée sur l'authenticité des actes. La plupart des lois étrangères qui ont adopté le système des livres fonciers ont voulu que tous les actes destinés à être inscrits fussent en la forme authentique. C'est une question que j'exa-

minerais plus loin ⁽¹⁾; qu'il me suffise, pour l'instant, de dire que la Tunisie a un régime différent et que, loin d'exiger, d'une manière générale, l'authenticité, la loi foncière a, au contraire, innové sur le code civil, en décidant que l'hypothèque pourrait être constituée par acte sous seings privés ⁽²⁾. La raison en fut qu'il n'y avait pas en Tunisie un corps de notaires français, elle subsiste encore aujourd'hui. En fait, presque toutes les constitutions d'hypothèques sont établies sous signatures privées. Le public a trouvé que ce système offrait des commodités. La possibilité d'hypothéquer sans le concours d'officiers publics et en général les actes sous seings privés ont en Tunisie des défenseurs particulièrement résolus ⁽³⁾.

La faculté que donne la loi n'est d'ailleurs pas énoncée expressément; elle découle de ce que l'art. 2127 n'est pas reproduit dans la loi foncière et de ce que l'art. 343 de cette loi exige simplement, d'une manière générale, des écrits établis dans certaines formes ⁽⁴⁾. Elle est d'ailleurs signalée dans les rapports officiels qui ont précédé et suivi la promulgation de la loi ⁽⁵⁾.

279. — ACTES PASSÉS A L'ÉTRANGER. — L'art. 251 dispose que « les écrits faits en pays étrangers peuvent donner hypothèque sur les immeubles sis en Tunisie, à condition de se conformer aux dispositions de la présente loi ». Règle contraire à celle — très critiquée — que formule l'art. 2128 C. civ. (*Idem*, Madagascar, art. 42; Afrique Occidentale, art. 41; Maroc, art. 181; Indo-Chine, art. 193).

280. — CAPACITÉ NÉCESSAIRE POUR HYPOTHÉQUER. — Même règle qu'en droit français : pour hypothéquer il faut pouvoir aliéner (art. 250). La capacité d'aliéner doit être appréciée d'après la loi personnelle de celui qui hypothèque. Il y a donc lieu d'admettre, exceptionnellement, que le mineur français autorisé à faire le commerce peut hypothéquer bien qu'il ne puisse aliéner.

281. — INTERDICTION D'HYPOTHÉQUER LES BIENS A VENIR. — Le Code civil interdit, en principe, d'hypothéquer les biens à venir (art. 2129);

(1) *Infra*, nos 399, 476, 489, 490.

(2) Il en est de même dans plusieurs de nos législations coloniales : Madagascar, art. 42. Afrique Occidentale, art. 40. Maroc, art 173. En Indo-Chine, l'authenticité est exigée, art. 190, modifié en 1926.

(3) Jacques SCÉMAMA, *op. cit.*, p. 231.

(4) Il va de soi que la procuration pour hypothéquer peut aussi être établie en la forme sous seings privés. Sur la forme des actes présentés à l'inscription, *infra*, nos 399 et suiv.

(5) Tananarive, 1^{er} août 1906, *J. C.*, 07, 27.

mais il formule deux exceptions qui détruisent la règle : 1° dans le cas d'insuffisance des biens présents (art. 2130); 2° dans le cas de dégradations à l'immeuble précédemment hypothéqué (art. 2131). La loi foncière n'a reproduit ni la disposition de l'art. 2129, ni celle de l'art. 2130. De ce qu'elle n'a pas énoncé expressément l'interdiction, il faut se garder de conclure qu'elle a permis l'hypothèque des biens à venir. Il a vraisemblablement paru à ses auteurs inutile de dire que seuls les biens présents pouvaient être grevés, parce que l'art. 253 prescrivait de déclarer spécialement chacun des immeubles « actuellement appartenant au débiteur » et que l'hypothèque des biens à venir leur paraissait inconciliable avec la règle de la spécialité. L'interdiction est absolue et ne souffre pas d'exception : l'art. 2130 a été omis intentionnellement comme en Belgique; d'autre part, l'art. 256 (art. 79 de la loi belge) permet seulement au débiteur, lorsque la créance devient exigible par suite de perte des immeubles hypothéqués ou de dégradations, d'éviter les poursuites en offrant un supplément d'hypothèque, mais ce supplément d'hypothèque ne peut porter lui-même que sur des biens présents ⁽¹⁾.

282. — HYPOTHÈQUE DE LA CHOSE D'AUTRUI. — L'hypothèque de la chose d'autrui est nulle et elle reste nulle si le constituant acquiert ultérieurement la propriété. La jurisprudence française est en ce sens (Cass., 24 mai 1892, D., 92, 1, 327). C'est la conséquence et la sanction de l'interdiction d'hypothéquer les biens à venir. Cette jurisprudence doit être étendue aux immeubles immatriculés. Le véritable propriétaire ou le constituant, après qu'il est devenu propriétaire, peut confirmer l'hypothèque, mais cette confirmation ne vaut que comme acte nouveau.

283. — SPÉCIALITÉ QUANT AUX BIENS. — Le Code civil a consacré, pour les hypothèques conventionnelles, le principe de la spécialité quant aux biens, en exigeant, dans l'art. 2129, que l'acte constitutif déclare la nature et la situation de chacun des biens présents hypothéqués. Mais la jurisprudence se contente d'indications sommaires : il suffit, par exemple, de dire que l'on hypothèque tous les biens en nature de maisons, bâtiments d'exploitation agricole, jardins, terres de culture, prés et bois appartenant à telle personne dans tel lieu ou

(1) Disposition analogue au Maroc (art. 177 et 178), mais l'interdiction d'hypothéquer les biens à venir est énoncée.

dans tel arrondissement. La spécialisation ainsi entendue est fort loin d'atteindre son but.

La loi foncière a reproduit, à peu de chose près, la formule du code civil (art. 255, art. 78 de la loi belge). Il y a cependant une modification importante : après les mots « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable », la loi foncière ajoute « et pouvant en conséquence être inscrite ». Il résulte de cette addition que le conservateur doit refuser l'inscription s'il ne trouve pas dans l'acte constitutif ou dans un acte complémentaire, les éléments nécessaires pour déterminer les biens grevés. Or, dans le système tunisien, chaque immeuble est représenté par un titre de propriété et la spécialisation se fait nécessairement de la manière la plus précise dans l'inscription. Le conservateur, qui rédige lui-même les inscriptions ⁽¹⁾ et est responsable de leur exactitude, est fondé à exiger que chaque immeuble soit désigné dans les actes avec la même précision : le nom et le numéro du titre de propriété sont, en général, les seules indications qui puissent permettre au conservateur d'inscrire ⁽²⁾. Si l'hypothèque ne porte que sur une parcelle de l'immeuble, cette parcelle doit être désignée par son numéro au plan du service topographique. La loi marocaine a formulé la spécialité du gage en termes appropriés au système de la publicité réelle lorsqu'elle a dit : « Tout acte d'hypothèque doit spécifier nécessairement le nom, le numéro du titre foncier, la situation des immeubles spécialement affectés » (art. 177). La loi tunisienne a été moins nette, mais l'application ne peut pas être différente.

284. — SPÉCIALITÉ QUANT AUX CRÉANCES. — Aux termes de l'art. 257 de la loi foncière, « l'hypothèque conventionnelle n'est valable et ne peut, en conséquence, être inscrite, qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est déterminée dans l'acte ». Cette formule est celle de l'art. 80 de la loi belge, sauf l'addition relative au contrôle du conservateur.

La détermination de la créance comprend deux éléments : l'indication du montant de la créance qui doit être exprimée en francs (une évaluation en une monnaie étrangère susceptible de subir les variations du change ne répondrait pas au vœu de la loi) et l'indication de la cause de la créance, à défaut de laquelle on risquerait d'étendre l'hypothèque à une autre créance que celle réellement garantie. Si

(1) Les parties ne déposent pas le bordereau d'inscription, *Infra*, n° 407.

(2) Comp. Jacques SCÉMAMA, *op. cit.*, p. 225.

la créance est indéterminée, le code civil se contente d'une évaluation faite par le créancier dans l'inscription. La loi foncière exige que cette évaluation résulte de l'acte ⁽¹⁾. Elle prescrit également, dans un deuxième alinéa, que si l'obligation est conditionnelle, la condition soit mentionnée dans l'inscription; elle ne peut être mentionnée dans l'inscription que si elle l'a été dans l'acte, l'inscription étant prise par le conservateur au vu de l'acte.

285. — CONSERVATION DES INTÉRÊTS. — Nous verrons que la loi a notablement restreint l'effet des inscriptions au point de vue de la durée de la conservation des intérêts ⁽²⁾.

La loi a en outre voulu soumettre la conservation des intérêts à des conditions rigoureuses. Il faut : 1° que des intérêts aient été stipulés et que le taux en soit indiqué dans l'acte et dans l'inscription; 2° que le droit à la garantie pour les intérêts résulte de l'acte et de l'inscription ⁽³⁾. Ces conditions, qui sont formulées distinctement dans l'art. 237, ne se confondent pas. Il ne suffit pas que l'acte énonce que le capital produira des intérêts à un taux déterminé, il est en outre nécessaire que l'hypothèque soit stipulée expressément pour les intérêts en même temps que pour le principal et qu'inscription soit prise en conséquence. Ces exigences, qui peuvent paraître formalistes, marquent l'importance que la loi a attachée à la règle de la spécialité.

Il est plus difficile de justifier le système de la loi foncière lorsqu'on constate qu'elle n'a pas donné au créancier non payé le moyen de s'inscrire pour les intérêts que l'inscription primitive cesse de garantir. La fin de l'art. 87 de la loi belge n'est pas reproduite et, ainsi que l'a estimé le Tribunal mixte dans son jugement déjà cité du 12 juillet 1911 (*R. A.*, 12, 2, 35 et note), le législateur a ainsi « manifesté à l'évidence sa volonté de ne pas admettre l'inscription des intérêts arriérés ». Le créancier n'a d'autre ressource que de faire inscrire un commandement, s'il ne veut poursuivre la saisie; or, comme nous le verrons plus loin, si l'inscription du commandement a pour le débiteur des conséquences très gênantes, elle n'empêche pas les intérêts arriérés de tomber au rang des créances chirogra-

(1) L'hypothèque destinée à garantir une rente viagère doit être constituée pour le capital que les parties jugent nécessaire à assurer le service de la rente.

(2) *Infra*, n° 336.

(3) Voir Tunis, 24 mars 1909, *R. A.*, 10, 2, 231.

phaires. Ce système est préjudiciable aux deux parties, car le créancier est incité à se montrer plus rigoureux. A mon avis, cela devrait être réformé. Il serait parfaitement conforme aux principes de publicité et de spécialité que le créancier fût admis à s'inscrire à la date courante. On peut seulement objecter que le créancier serait dans l'impossibilité de déposer, à l'appui de sa réquisition d'inscrire, la copie du titre de propriété qui n'est plus entre ses mains. Il n'y aurait qu'à l'en dispenser : la loi le fait dans d'autres cas et notamment dans le cas de commandement.

286. — CONSERVATION DES ACCESSOIRES. — Les dispositions prises par la loi pour la conservation des intérêts s'appliquent à la conservation des accessoires, tels que les frais. Les frais ne sont garantis par l'hypothèque que si l'acte constitutif l'a prévu expressément et a évalué les dits frais et si l'inscription a été prise en conséquence (*T. M.*, 12 juillet 1911 et note, *R. A.*, 12, 2, 35). La collocation du créancier à ce titre ne peut excéder le montant de l'évaluation.

SECTION II

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES OU FORCÉES

§ 1. — Observations générales

287. — INSUFFISANCE DES TEXTES. — Le chapitre des hypothèques forcées est une des parties les plus faibles de la loi foncière. Le législateur tunisien n'avait pas, à vrai dire, les coudées franches en cette matière. Il n'avait pas le pouvoir d'imposer aux conseils de famille, aux juges de paix ou aux greffiers, aux notaires de France et d'Algérie et aux consuls les obligations que devrait comporter l'assujettissement à l'inscription de l'hypothèque des incapables. Mais on est en droit de lui reprocher d'avoir adopté des dispositions mal étudiées, obscures et incomplètes. Il s'est écarté de la loi belge même sur des points où il aurait pu la suivre. Nous verrons, notamment en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée, à quelles solutions étranges conduirait l'application littérale du texte,

288. --- NATURE DE L'HYPOTHÈQUE FORCÉE. -- Sous la rubrique des hypothèques forcées, la loi réunit les hypothèques des incapables (femme mariée, mineur et interdit) et les hypothèques accordées au vendeur, à l'échangiste et au co-partageant pour tenir lieu des privilèges de l'art. 2103 C. civ.

Normalement, d'après les prévisions du législateur, l'hypothèque de l'incapable ou celle du vendeur sera constituée d'accord entre les parties : dans le contrat de mariage ou par acte passé au cours du mariage en ce qui concerne la femme, dans une délibération du conseil de famille en ce qui concerne le mineur et l'interdit, dans l'acte de vente, d'échange ou de partage ou dans un acte complémentaire s'il s'agit de garantir le prix d'un immeuble ou une soulte. Si le débiteur consent à l'établissement de l'hypothèque, la loi traite celle-ci comme une hypothèque conventionnelle. C'est seulement s'il refuse son concours qu'il y a hypothèque forcée.

L'art. 239 définit l'hypothèque forcée « celle qui est acquise en vertu d'une décision de justice ». A en croire cette définition, les hypothèques des incapables n'existent pas de plein droit en Tunisie. C'est le juge qui les accorde. Mais le juge est-il libre de les refuser ? Il ne semble pas. Ce serait d'ailleurs un singulier système que celui qui remettrait, en cette matière, des pouvoirs discrétionnaires aux tribunaux. Les tribunaux, comme nous le verrons, ont à apprécier si la créance pour laquelle est demandée la garantie d'une hypothèque est de celles prévues par la loi. Comme il faut que l'hypothèque soit spécialisée, ils ont encore à déterminer la somme pour laquelle il sera pris inscription au profit de l'incapable et les biens qui seront affectés à la garantie. Mais leurs pouvoirs ne vont pas plus loin et n'excèdent pas leur rôle habituel. Ils ne pourraient pas décider, sauf au cas prévu dans l'art. 245 (*infra*, n° 294), qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'inscription d'une hypothèque au profit de la femme ou du mineur parce que, par exemple, ils estimeraient cette précaution superflue.

Si le juge est tenu d'accorder une hypothèque aux personnes désignées par l'art. 239, pour les créances qui sont indiquées dans cet article, cela ne revient-il pas au même que si la loi reconnaissait expressément cette hypothèque à certaines personnes pour certaines créances ? Quand on va au fond des choses, on se convainc que, contrairement à la définition de l'art. 239, l'hypothèque forcée résulte, en réalité, de la loi : le jugement dit le droit, il ne le crée pas. Contrairement aussi à ce qu'indique le texte, lorsque le mari ou le

tuteur consent à l'établissement de l'hypothèque, la nature de celle-ci ne devrait pas être modifiée : comme le débiteur se conforme simplement à une obligation légale, la garantie qu'il constitue a bien la forme, mais n'a pas le caractère d'une hypothèque conventionnelle. Il n'était donc pas besoin de changer la dénomination des hypothèques légales; il suffisait de décider, comme l'avait fait la loi belge, que les hypothèques légales seraient spécialisées et inscrites et de prendre des mesures pour qu'elles le fussent. L'innovation du législateur tunisien est donc plus apparente que réelle ⁽¹⁾.

289. — QUELLES PERSONNES ONT DROIT A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE. —

L'art. 239 accorde une hypothèque : 1° aux mineurs et aux interdits, sur les immeubles des tuteurs; 2° à la femme, sur les immeubles de son mari; 3° au vendeur, à l'échangiste et au co-partageant sur l'immeuble vendu, échangé ou partagé pour le paiement du prix de vente ou de la soulte d'échange ou de partage.

La dernière de ces dispositions s'applique naturellement aux vendeurs, échangistes ou co-partageants de toutes nationalités. Il n'en est pas de même de l'hypothèque des incapables, bien que le texte n'ait formulé aucune restriction. Les hypothèques légales se rattachent à la fois au statut personnel et au statut réel. La loi personnelle déterminant les pouvoirs du tuteur ou du mari sur les biens du mineur ou de la femme, c'est aussi à cette loi qu'il appartient de mesurer les garanties que l'incapable doit recevoir. Les hypothèques légales ont leur point de départ et leur raison d'être dans le statut personnel; la mise en œuvre seule touche à l'organisation territoriale.

Malgré la généralité de ses termes, l'art. 239 n'a pas eu pour but de conférer une hypothèque aux incapables qui n'en possèdent pas d'après la loi qui les régit ⁽²⁾. Il résulte en effet de l'art. 2, que la loi foncière n'a touché en rien au statut personnel. Le droit musulman, qui ne donne d'ailleurs au mari aucun pouvoir sur le patrimoine de la femme, ne connaît pas d'hypothèques légales ni au profit de la femme (Sousse, 30 déc. 1897, *R. A.*, 98, 2, 332), ni au profit du mineur. Le législateur ne pouvait donc avoir en vue que les hypothèques

(1) Elle a cependant trouvé des imitateurs : Congo, art. 47 et 48. Afrique Occidentale, art. 30. Madagascar, art. 31 et 33. Maroc, décret du 2 juin 1915, art. 163. Indo-Chine, art. 152 et 155. Au contraire, l'Alsace et Lorraine, art. 51 et suiv.

(2) Dans le même sens, Jacques SCÉMAMA, *op. cit.*, p. 179.

légales des codes européens et celle que la loi mosaïque reconnaît à la femme mariée israélite ⁽¹⁾.

290. COMBINAISON DE LA LOI PERSONNELLE AVEC LA LOI FONCIÈRE.

— La loi personnelle dira s'il existe, au profit de l'incapable, un droit d'hypothèque, elle dira aussi dans quelles conditions et pour quelles créances s'exercera ce droit. Mais elle ne pourra recevoir son application que si elle s'accorde avec la loi foncière, car l'organisation du régime hypothécaire est du domaine de la loi territoriale. Donc, l'incapable ne pourra prétendre à des droits plus amples que ceux reconnus par son statut et, d'autre part, il ne pourra faire valoir l'hypothèque résultant de ce statut que dans les limites et sous les conditions fixées par le droit foncier tunisien, notamment à charge de la faire spécialiser et inscrire (Tunis, 16 nov. 1891, *J. T.*, 96, 548; 4 avril 1894, *J. T.*, 94, 398; 5 févr. 1931, *J. T.*, 31, 142).

291. — REMPLACEMENT DE L'HYPOTHÈQUE DES INCAPABLES PAR UN GAGE OU UNE CAUTION. — Dans l'intérêt du crédit hypothécaire, la loi a voulu qu'il fût possible de dégager les immeubles de la charge des hypothèques légales des incapables. L'art. 245 dispose que « le mari ou le tuteur pourra toujours être dispensé de l'hypothèque en constituant un gage mobilier ou une caution, lorsque cette substitution sera reconnue suffisante par une décision de justice ».

§ 2. — Hypothèque du mineur et de l'interdit

292. — PERSONNES GARANTIES PAR L'HYPOTHÈQUE LÉGALE. — Les mineurs et interdits visés par l'art. 239 de la loi foncière, sont ceux qui bénéficient d'une hypothèque légale d'après leur loi personnelle, c'est-à-dire, en ce qui concerne les français, les mineurs en tutelle, les aliénés interdits judiciairement et les condamnés interdits légalement. Les mineurs soumis à l'administration légale, les mineurs émancipés, les prodigues ou faibles d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire n'y ont pas droit.

(1) En droit français, suivant l'opinion consacrée par la jurisprudence, l'hypothèque légale, étant considérée comme une institution du droit civil et non du droit des gens, n'appartient en principe qu'aux français. Les étrangers qui, par l'effet d'une admission à domicile, ont reçu la jouissance des droits civils en France ou qui peuvent invoquer un traité diplomatique, en bénéficient toutefois si la législation de leur pays leur accorde une garantie hypothécaire semblable. Cette jurisprudence ne saurait être étendue à la Tunisie : il résulte des traités que tous les étrangers peuvent prétendre à l'hypothèque légale si leur loi personnelle en comporte une.

293. — PERSONNES CONTRE QUI L'HYPOTHÈQUE LÉGALE PEUT ÊTRE EXERCÉE. — L'art. 239 dit que l'hypothèque est accordée « sur les immeubles du tuteur et de leurs cautions ». On doit, à mon avis, appliquer cette disposition comme celle de l'art. 2121 C. civ., c'est-à-dire au tuteur légal, testamentaire ou datif, au pro-tuteur ou co-tuteur et même à celui qui gère sans titre les biens du mineur, comme la mère qui s'est remariée sans avoir fait réunir le conseil de famille et le second mari de la mère déchue de la tutelle, mais non au subrogé tuteur.

Il y a des cas douteux : celui de l'administrateur provisoire des biens de l'aliéné interné, le tribunal pouvant, aux termes de la loi de 1838, constituer une hypothèque sur les biens de ce dernier; celui du tuteur bénévole de l'enfant abandonné (loi du 24 juillet 1889, modifiée par celle du 15 novembre 1921).

Il est difficile de savoir ce que le législateur a voulu dire par les mots « et de leurs cautions » employés dans l'art. 239. Il ne semble pas qu'il puisse s'agir de la caution dont parle l'art. 245, car cette caution est une caution personnelle et l'art. 245 a précisément pour but de libérer les immeubles des hypothèques légales ⁽¹⁾. Les rédacteurs de la loi marocaine, n'ayant pas trouvé sans doute l'explication du texte tunisien, ont écrit que l'hypothèque est accordée « aux mineurs et aux interdits sur les biens de leur tuteur et à la caution de ce dernier » (art. 163). Ce n'est peut-être pas beaucoup plus clair, mais, en tous cas, c'est bien différent ⁽²⁾.

294. — CRÉANCES GARANTIES. — Contrairement à ce qui a lieu pour l'hypothèque de la femme mariée, la loi foncière n'énumère pas les créances auxquelles l'hypothèque est attachée. On doit admettre que, comme en droit français, l'hypothèque garantit toutes les sommes qui devront figurer au compte de tutelle ⁽³⁾.

295. — SPÉCIALISATION ET INSCRIPTION. — C'est au conseil de famille à spécialiser l'hypothèque du mineur, c'est-à-dire à déterminer la somme pour laquelle l'inscription sera prise et les immeubles du

(1) M. SCAMAMA (*op. cit.*, p. 179) suppose qu'il s'agit d'un tiers conférant une hypothèque sur un de ses immeubles pour garantir la gestion du tuteur. Mais cela serait une hypothèque volontaire, non une hypothèque forcée comme celle dont parle l'art. 239.

(2) Vraisemblablement, la loi marocaine signifie que la caution qui aurait été obligée de payer le reliquat du compte de tutelle à la place du tuteur serait subrogée dans l'hypothèque du mineur.

(3) Dans le même sens, Jacques SCAMAMA, *op. cit.*, p. 182.

tuteur qui en seront grevés. Cette spécialisation est faite, aux termes de l'art. 240, à l'ouverture de la tutelle. Si l'hypothèque devient insuffisante dans le cours de la tutelle, soit quant aux biens grevés, soit quant aux sommes garanties, le conseil de famille peut, d'après l'art. 241, exiger de nouvelles sûretés; si, au contraire, elle est excessive, il peut la diminuer. Malgré la rédaction défectueuse de l'art. 242, j'estime que la délibération accordant une réduction doit toujours être soumise à l'homologation du tribunal. La détermination de la somme garantie et des biens grevés a lieu, dit l'art. 240, « contradictoirement avec le tuteur ». Si le tuteur apporte son concours à l'établissement de l'hypothèque, l'inscription peut être prise sans autre formalité, en vertu de la délibération du conseil de famille. S'il le refuse, l'art. 242 décide que « la délibération du conseil de famille sera soumise à l'homologation du tribunal ». La procédure à suivre est, à mon avis, celle des art. 883 et suiv. du code de pr. civ. ⁽¹⁾. Le jugement est susceptible d'appel conformément à l'art. 889.

L'inscription, dit l'art. 359, « sera faite à la requête des tuteurs ou subrogés tuteurs et, à défaut, à la requête des membres du conseil de famille, du procureur de la République, des juges de paix, du consul, des parents, des amis des incapables et des incapables eux-mêmes ».

296. — INSCRIPTION PROVISOIRE. — L'art. 249 institue toutefois, pour les hypothèques forcées, un mode de spécialisation et d'inscription conservatoire simplifié et rapide : « le président du tribunal pourra, en cas d'urgence, ordonner toutes inscriptions conservatoires, lesquelles n'auront d'effet que jusqu'au jugement définitif ». C'est alors l'ordonnance du président qui détermine provisoirement la somme à garantir et les immeubles à grever. Cette disposition, placée à la fin du chapitre des hypothèques forcées, s'applique à l'hypothèque du mineur comme à celles de la femme et du vendeur.

Il est donc possible de faire inscrire la garantie du mineur sans que le conseil de famille en ait délibéré, et toute personne qualifiée, aux termes de l'art. 359, pour requérir l'inscription, l'est également pour présenter une requête au président du tribunal en vue de faire ordonner une inscription conservatoire. Malgré son caractère provisoire, cette inscription subsiste en fait indéfiniment, la loi n'en ayant pas édicté la péremption.

(1) Dans le même sens, Jacques SCAMAMA, *op. cit.*, p. 188.

297. - CRITIQUE. - Il semble que, dans l'esprit du législateur, le conseil de famille doive décider, dans tous les cas, sauf l'exception de l'art. 245, l'inscription d'une hypothèque. Ce n'est point une faculté, mais une obligation pour le conseil et il n'a pas le pouvoir de dispenser le tuteur, propriétaire d'immeubles, de fournir la garantie prévue par la loi ⁽¹⁾. Il n'est point besoin, pour justifier cette manière de voir, de faire intervenir l'art. 2144 C. civ., qui est sans application en Tunisie ⁽²⁾. Il suffit de se référer à l'art. 245 de la loi foncière, qui permet de dispenser le tuteur de l'hypothèque dans le cas seulement où serait constitué un gage ou une caution et qui soumet au contrôle judiciaire la substitution de ces garanties à l'hypothèque.

Dans la pratique, il en est tout autrement. Le législateur n'a pris aucune mesure pour que la loi fût appliquée. Il n'a pas institué, comme a fait la loi belge, de sanctions contre les tuteurs (art. 52) et les greffiers de justice de paix (art. 54 et 63), ni de contrôle par les juges de paix et les parquets (art. 63). Il n'a même pas reproduit l'art. 2137 C. civ., qui rend les subrogés tuteurs responsables du défaut d'inscription ⁽³⁾. Par l'art. 359, il a bien donné qualité à de nombreuses personnes pour requérir l'inscription, mais il n'a formulé ainsi qu'un vœu platonique.

La loi est si mal connue ou si mal observée, que la question des garanties n'est pas examinée au cours des délibérations des conseils de famille. Les juges de paix ne la soulèvent pas, semble-t-il. L'hypothèque du mineur n'est donc presque jamais inscrite. Il arrive quelquefois — mais combien rarement ! — qu'un subrogé tuteur ou un proche parent, inquiet des mauvaises affaires ou des dilapidations d'un tuteur, présente requête au président du tribunal pour obtenir une inscription provisoire. En dehors de cela, carence absolue. On ne doit pas se dissimuler qu'il y a là une grave imperfection. En attendant qu'une organisation meilleure soit instituée, il appartient aux procureurs de la République et aux juges de paix de faire en sorte que les dispositions légales en vigueur ne restent pas lettre morte.

(1) La loi belge permet au conseil de famille de déclarer qu'il ne sera pris aucune inscription sur les biens du tuteur. « Cette déclaration n'aura d'effet que jusqu'à révocation ».

(2) Jacques SCÉMAMA, *op. cit.*, p. 186.

(3) Peut-être a-t-il considéré l'art. 2137 comme une disposition du statut personnel applicable de plein droit aux français. La difficulté est que cet article est placé dans le titre XVIII du code civil qui régit les privilèges et hypothèques et dont l'application est purement territoriale. Voir, au sujet de l'art. 2144, *infra*, n° 306.

§ 3. — Hypothèque de la femme mariée

298. — CRÉANCES GARANTIES. — En droit français, l'hypothèque est accordée à la femme pour tous les droits qu'elle peut avoir contre le mari à raison de sa qualité de femme mariée et par l'effet du mariage. Elle résulte de l'art. 2121 C. civ. qui est conçu en termes généraux et s'étend même aux créances que l'art. 2135 C. civ. n'énumère pas, car cet article n'a pour objet que d'en fixer le rang.

Il n'en est pas de même en Tunisie. L'art. 239 de la loi foncière dispose que l'hypothèque forcée est attribuée à la femme « pour sa dot, ses droits matrimoniaux, l'indemnité des obligations du mari dont elle est tenue et le remploi du prix de ses biens aliénés » (*Idem*, Madagascar, art. 33; Afrique Occidentale, art. 32; Maroc, art. 163; Indo-Chine, art. 155). D'autre part, l'art. 244 dit que la femme peut, dans le cours du mariage, obtenir inscription à l'encontre du mari « pour toutes les causes de recours qu'elle peut avoir contre lui, soit à raison d'obligations par elle souscrites ou d'aliénations de ses propres ou de donations ou de successions auxquelles elle est appelée ». La première disposition semble s'être inspirée de l'art. 2135 C. civ., la deuxième est certainement imitée de l'art. 67 de la loi belge; mais la loi belge s'exprime ainsi : « pour toutes les causes de recours qu'elle peut avoir contre lui, telles que celles qui résultent d'obligations... », ce qui enlève à l'énumération qui suit tout caractère limitatif. La modification qu'on a fait subir à la loi belge paraît, au contraire, indiquer qu'il a été dans les vues du législateur tunisien de restreindre l'hypothèque aux créances énumérées par le texte. En tous cas, il n'est pas possible d'interpréter extensivement la loi, car il est de principe que les causes de préférence sont de droit étroit ⁽¹⁾. Je pense, comme M. Scemama (*op. cit.*, p. 192), que le législateur aurait mieux fait, à l'exemple du code civil et de la loi belge, d'accorder une hypothèque aux femmes mariées « pour leurs droits et créances », mais je ne saurais me rallier à sa thèse selon laquelle « l'art. 239, 2°, doit recevoir une très large interprétation ».

L'hypothèque garantit comme en droit français et d'après les mêmes principes : 1° la restitution de la dot, c'est-à-dire des biens apportés par la femme au mari pour supporter les charges du mé-

(1) Jurisprudence conforme du Tribunal de Tunis. Un jugement du 6 novembre 1907. (*J. T.*, 08, 45) s'exprime ainsi : « on ne saurait légitimement ajouter à un texte comme l'art. 244 qui est évidemment de droit étroit ».

nage⁽¹⁾, puis, au cours de l'union conjugale, par suite de donation ou de succession; 2° les droits matrimoniaux, c'est-à-dire les avantages faits à la femme soit par le contrat de mariage, soit par la loi (gains de survie, deuil, habitation); 3° l'indemnité des dettes contractées avec le mari; 4° la restitution du prix d'aliénation des biens propres de la femme.

Parmi les créances qui seraient garanties en France par l'hypothèque du code civil et qui ne le sont pas en Tunisie, à mon avis du moins, on peut citer : 1° l'indemnité due par le mari pour les dégradations causées par son fait ou sa négligence aux biens de la femme; 2° la restitution de valeurs paraphernales, si elles ont été, en fait, à la disposition du mari; 3° la pension alimentaire (Tunis, 6 nov. 1907, *J. T.*, 08, 45); 4° les frais de séparation de biens et de liquidation⁽²⁾; 5° ceux de divorce et de séparation de corps.

Les créances de la femme contre le mari antérieures au mariage, à moins qu'elles n'aient été apportées en dot, les dommages-intérêts accordés à la femme en réparation d'un acte délictueux du mari ne sont pas garantis par l'hypothèque de la loi foncière, mais ils ne le sont pas davantage par celle du code civil, parce qu'alors la femme n'est pas devenue créancière à raison de sa qualité de femme mariée.

299. IMMEUBLES GREVÉS. CONQUÊTS. - L'hypothèque peut être inscrite sur tout immeuble du mari et aussi sur les conquêts de communauté. La jurisprudence française a toujours admis que l'hypothèque légale de la femme grevait la part du mari dans les conquêts. Rien ne s'oppose donc à ce qu'en Tunisie, la femme prenne inscription sur un immeuble dépendant de la communauté. Mais le sort de cette hypothèque variera, d'une part, selon qu'elle renoncera ultérieurement à la communauté ou qu'elle acceptera celle-ci, d'autre part, selon que l'immeuble aura été conservé ou aliéné par le mari. Pour l'étude complète de ces difficultés, je renvoie à la doctrine et à la jurisprudence françaises. En résumé, la femme renonçante peut

(1) Il faut que la femme devienne créancière du mari à raison de la dot, ce que l'on appréciera d'après la loi personnelle des époux et le régime sous lequel ils se sont placés. Sous le régime légal français, les objets mobiliers appartenant aux conjoints tombent en communauté et ne sont pas sujets à restitution; les immeubles restent la propriété de la femme qui les reprend en nature. Dans ces deux cas, la femme n'a pas de créance à garantir. L'hypothèque ne saurait garantir la part de la femme dans la communauté : la femme a sur les conquêts un droit de co-proprieté et non un droit de créance.

(2) Ce cas est douteux, les frais de la séparation de biens et de la liquidation étant les accessoires des reprises de la femme.

exercer son hypothèque sur la totalité de l'immeuble grevé de son inscription, que celui-ci soit entre les mains du mari ou qu'il ait été aliéné par lui; la femme acceptante voit son hypothèque tomber si, à l'issue du partage, l'immeuble grevé est mis dans son lot; elle la voit au contraire consolider si l'immeuble est attribué à son mari. Sur les conquêts aliénés, la femme acceptante conserve-t-elle son hypothèque ? C'est une question que la jurisprudence française tranche par la négative en basant principalement sa solution sur l'obligation de garantie dont la femme est alors tenue et qui est indivisible. Laurent, commentant la loi belge, est dans le même sens (*Principes du droit civil*, t. xxx, n° 370).

300. — RÉDUCTION EN CAS DE FAILLITE. — En cas de faillite du mari, la femme sera soumise aux règles spéciales de preuve édictées par l'art. 563 C. com., pour les créances à raison desquelles elle veut exercer son hypothèque.

Cette hypothèque subira, à mon avis, les réductions prévues par le code de commerce quant aux créances garanties. En conséquence, elle ne pourra être invoquée pour les avantages matrimoniaux, si toutefois le mari était déjà commerçant à l'époque du mariage ou l'est devenu dans l'année qui a suivi.

Le code de commerce dispose aussi que sont seuls grevés de l'hypothèque les immeubles que le mari possédait avant le mariage ou qu'il a acquis depuis à titre gratuit. Mais cette mesure a été prise pour restreindre l'hypothèque générale que possèdent les femmes sous le régime du code civil. Elle ne paraît pas applicable en Tunisie où l'hypothèque est toujours spécialisée. Si, la spécialisation ayant eu lieu sur un immeuble acheté pendant le mariage, l'hypothèque tombait, la femme se trouverait privée de toute garantie, ce que n'a pas voulu le législateur ⁽¹⁾.

301. — SPÉCIALISATION ET INSCRIPTION. — L'hypothèque de la femme ne produit d'effet que par l'inscription. Pour être inscrite, elle doit être préalablement spécialisée quant à la somme garantie et quant aux biens grevés. L'art. 243 a prévu que la spécialisation sera faite dans le contrat de mariage. L'art. 244 dispose qu'à défaut de stipulation d'hypothèque dans le contrat, ou en cas d'insuffisance

(1) V. cependant l'art. 559, C. Com. belge (loi du 18 avril 1851).

des garanties stipulées, la femme peut, dans le cours du mariage, se faire consentir une hypothèque par son mari ou bien en faire ordonner l'inscription par le tribunal pour les causes de recours qu'elle peut avoir à raison d'obligations contractées pour le mari, d'aliénation de ses propres et de donations ou de successions recueillies par elle. Le contrat de mariage ou le jugement détermine les biens qui seraient grevés, l'objet auquel s'applique la garantie et la somme pour laquelle il sera pris inscription.

302. — **OBSCURITÉS DE LA LOI.** — Selon M. Jacques Scemama (*op. cit.*, pp. 194 et suiv.), chacun des art. 243 et 244 a un champ d'application entièrement distinct. Il ne peut être stipulé dans le contrat de mariage d'hypothèque à raison des créances futures qui, d'après l'art. 2135 du code civil, ne grevent pas les biens du mari du jour du mariage, mais du jour où elles ont pris naissance. L'hypothèque établie par le contrat ne concerne que la dot et les conventions matrimoniales; c'est seulement au fur et à mesure que la femme deviendra créancière du mari à raison d'obligations contractées pour lui, d'aliénation de ses propres, de donations ou de successions qui lui écherront, qu'elle obtiendra, conformément à l'art. 244, des garanties supplémentaires. M. Scemama va jusqu'à dire que l'art. 2135 C. civ. est applicable en Tunisie en vertu de l'art. 2 de la loi foncière. Mais cet argument est à écarter : la loi foncière ayant réglé la matière des hypothèques, les dispositions du code civil qui y sont relatives sont sans application en Tunisie, ainsi qu'il a été expliqué plus haut (n° 140) ⁽¹⁾.

Il s'agit donc uniquement de savoir si, par les art. 243 et 244, le législateur tunisien a entendu que l'hypothèque de la femme soit spécialisée et inscrite à des dates différentes, suivant l'origine des créances, d'après un système analogue à celui de l'art. 2135. L'examen des textes ne confirme pas, d'une manière certaine, cette interprétation. Sans doute, l'art. 243 dit que le contrat détermine « l'objet auquel s'applique la garantie », mais cela n'implique pas nécessairement l'exclusion de créances futures. Par contre, les mots « s'il n'a pas été stipulé d'hypothèque ou en cas d'insuffisance des garanties déterminées par le contrat », placés en tête de l'art. 244, qui est relatif aux créances prenant naissance pendant le mariage, paraissent contraires au système proposé par M. Scemama. On conçoit

(1) En ce sens, la note publiée dans le recueil Sirey (40, 2, 289 et suiv.).

d'ailleurs que le code civil, réformant le système antérieur, ait limité, au point de vue du rang, les effets de l'hypothèque générale et occulte qu'il reconnaissait à la femme. Sous un régime où cette hypothèque est au contraire publiée et spécialisée, les mesures prises par l'art. 2135 n'offrent pas le même intérêt et nous voyons que la loi belge a donné expressément à la femme le droit de stipuler l'hypothèque dans le contrat de mariage pour ses reprises de toute nature, même conditionnelles ou éventuelles (art. 64) ⁽¹⁾.

On peut, à l'inverse, se demander si, au cours du mariage, la femme peut obtenir l'inscription d'une hypothèque pour d'autres créances que celles énumérées dans l'art. 244, c'est-à-dire si elle peut encore s'inscrire pour les apports résultant du contrat de mariage et les avantages matrimoniaux lorsque le contrat lui-même n'a pas constitué l'hypothèque. Il est évidemment rigoureux, il est peu conforme à l'idée de protection qui est à la base de l'institution de l'hypothèque légale, que la femme soit définitivement déchuë du droit de s'inscrire, alors que son attention n'a pas été appelée sur ce point (le rédacteur du contrat n'interpelle pas les parties sur les garanties à donner à la dot), alors que des considérations diverses ont pu l'empêcher, au moment du mariage, d'exiger une inscription hypothécaire. Un tel système est encore plus déraisonnable lorsque le mari n'avait pas d'immeuble à l'époque où a été passé le contrat et qu'il lui en est advenu depuis. Cependant, le texte paraît imposer cette solution. Voir, au contraire, l'art. 66 de la loi belge.

Une autre question se pose qui n'est pas moins importante. La loi a dit comment l'hypothèque peut être constituée dans le contrat (art. 243) et « dans le cours du mariage » (art. 244). Après la dissolution du mariage, la femme est-elle forclosée ? Ne peut-elle obtenir contre son ex-mari, ou les héritiers de celui-ci, un jugement ordonnant l'inscription de son hypothèque ? Une décision du tribunal de Sousse du 13 février 1913 (non publiée), a rejeté la demande de la femme « Attendu que cette disposition (l'art. 244) ne parle d'inscription possible que dans le cours du mariage, qu'il n'est pas permis de suppléer au silence du législateur... parce que la loi foncière est restrictive du

(1) Je dois dire, toutefois, qu'en Belgique le sens de cette disposition est controversé et que selon Laurent (*Op. cit.*, t. xxx, n° 351 et suiv.) et Lépinois (*De la transcription, des privilèges et hypothèques*, n° 1.378) l'hypothèque stipulée dans le contrat de mariage ne saurait garantir toutes les créances futures de la femme, mais seulement les prélèvements que la femme peut être appelée à exercer à la dissolution de la communauté en vertu de ses conventions matrimoniales.

code civil et qu'il n'y a pas lieu d'étendre en cette matière la portée de ses dispositions au delà de ce qui est limitativement autorisé ». Cette interprétation paraît être conforme au texte, mais elle est également fort rigoureuse pour la femme qui, le plus souvent, ne songe à faire inscrire son hypothèque qu'après divorce ou lorsque le mari est décédé en laissant une situation embarrassée ⁽¹⁾.

303. — FORMES DE LA SPÉCIALISATION DE L'HYPOTHÈQUE ET DE L'INSCRIPTION. — Normalement, l'hypothèque est — ou, du moins, devrait être — stipulée dans le contrat de mariage. La capacité requise est celle de l'art. 1398 C. civ. et nullement celle de l'art. 2140, qui n'est pas applicable en Tunisie ⁽²⁾ : les futurs époux mineurs peuvent constituer l'hypothèque avec l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. J'estime, avec M. Scemama, que la spécialisation de l'hypothèque peut avoir lieu dans un acte distinct du contrat, même sous seings privés. Cet acte n'est pas soumis aux conditions auxquelles les contre-lettres en cette matière sont assujetties par les art. 1396 et 1397 C. civ. Il n'apporte pas, en effet, un changement aux conventions matrimoniales, mais constate l'établissement normal d'une garantie voulue par la loi.

L'inscription peut être prise en vertu du contrat ou d'un acte complémentaire dès avant le mariage. L'hypothèque a rang du jour où elle a été inscrite conformément à la règle générale de l'art. 259, son effet étant, bien entendu, subordonné à la célébration de l'union conjugale ⁽³⁾.

Dans le cours du mariage, le mari peut consentir à l'inscription, suivant la forme ordinaire, des actes constitutifs d'hypothèque.

S'il refuse son concours, la femme doit obtenir « un jugement du tribunal ». La loi ne dit rien de la procédure à suivre; c'est donc la procédure ordinaire. M. Scemama (*op. cit.*, p. 202) critique avec raison le législateur pour n'avoir pas organisé un moyen plus simple et mieux à la portée de la femme. La loi eût mieux fait d'adopter le système belge qui exige seulement une autorisation du président du tribunal, accordée sur simple requête. « Le jugement détermine, dit

(1) Les mots « dans le cours du mariage » ne se trouvent pas dans la loi marocaine, art. 167.

(2) Jacques SCEMAMA. *op. cit.*, p. 199.

(3) En Belgique, ce résultat est consacré par une disposition formelle contenue dans l'art. 64.

l'art. 244, la somme pour laquelle l'inscription sera prise, l'objet à garantir et les immeubles sur lesquels l'inscription se fera ».

Quelle que soit la forme, amiable ou judiciaire, dans laquelle l'hypothèque a été spécialisée, l'inscription est effectuée sur les justifications habituelles. Lorsque l'inscription a été ordonnée par jugement, il n'est pas nécessaire de produire la copie du titre de propriété qui doit être exigée si le mari a donné son consentement ⁽¹⁾.

Aux termes de l'art. 360, l'inscription a lieu à la requête du mari ou, à défaut, à la requête de la femme, de ses parents ou de ses amis.

304. — INSCRIPTION PROVISOIRE. — Dans la pratique les contrats de mariage ne contiennent généralement pas la stipulation d'une hypothèque. Les notaires de France et d'Algérie et, en Tunisie, les contrôleurs civils ou les consuls qui rédigent les contrats de mariage, ne sont pas tenus d'appeler l'attention de la future épouse et de ses parents sur la nécessité d'une inscription en ce qui concerne les immeubles possédés par le futur époux en Tunisie. Cela explique, en partie, la rareté de la spécialisation par contrat.

La stipulation d'une hypothèque pendant le mariage, d'accord entre la femme et le mari, est également rare. La spécialisation judiciaire par le tribunal est presque complètement inusitée. Mais la femme peut obtenir, en vertu de l'art. 249, une inscription conservatoire par simple ordonnance du président du tribunal. L'inscription conservatoire, malgré son caractère provisoire, ne se périmé point. C'est ainsi qu'un certain nombre d'hypothèques sont inscrites; à la vérité, le plus souvent, cela n'a lieu que lorsque la femme a engagé une instance en divorce, séparation de corps ou séparation de biens. Dans les cas ordinaires, l'hypothèque de la femme, pas plus que celle du mineur, ne reçoit la publicité exigée par la loi.

305. — RÉDUCTION A LA DEMANDE DU MARI. — Si l'hypothèque est excessive, le mari peut en demander la diminution au tribunal aux termes de l'art. 244. Cette réduction judiciaire est toute différente de celle prévue par l'art. 2144 C. civ., qui suppose le consentement de la femme et l'avis d'une assemblée de famille. Nous supposons, au contraire, ici, que la femme ne donne pas son consentement. L'avis des plus proches parents de l'épouse n'est pas nécessaire. C'est au tribunal à apprécier si la diminution demandée laisse subsister des

(1) *Infra*, n° 399.

sûretés suffisantes. La réduction peut avoir lieu soit quant à la somme garantie, soit quant au gage. Mais le tribunal ne pourrait pas, à mon avis, ordonner la radiation totale de l'inscription, à moins qu'une hypothèque soit constituée sur un autre immeuble ou que le mari offre un gage mobilier ou une caution, conformément à l'art. 243. Le texte dit : « diminution », il n'autorise donc pas le tribunal à anéantir, malgré le défaut de consentement de la femme, l'hypothèque accordée à celle-ci par la loi. Mais il semble que la réduction peut être demandée, même si l'hypothèque a été constituée par le contrat de mariage, sans qu'on puisse opposer le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ⁽¹⁾.

306. — RENONCIATION PAR LA FEMME. — On sait qu'en droit français, la femme ne peut renoncer à son hypothèque légale au profit du mari, mais seulement au profit des tiers. L'inefficacité de la mainlevée consentie dans l'intérêt du mari résulte de l'art. 2144 C. civ. On peut, aux termes de cet article, non pas supprimer, mais réduire l'hypothèque légale s'il existe d'autres immeubles suffisants pour garantir les droits présents et futurs de l'épouse, mais il faut pour cela, outre le consentement de la femme, un avis des parents et un jugement du tribunal.

L'ensemble des dispositions du titre XVIII du code civil n'est pas applicable en Tunisie, la loi foncière ayant elle-même organisé sur des bases différentes les privilèges et hypothèques dans ses titres X et XI qui, comme l'a dit le jugement déjà cité du tribunal de Tunis du 6 novembre 1907 « se suffisent à eux-mêmes » ⁽²⁾. L'art. 2144 ne fait pas exception, à mon avis; il n'est pas une règle du statut personnel, mais une disposition liée au régime hypothécaire français. Il apparaît d'autant mieux que l'art. 2144 n'est pas applicable, que le législateur lui a substitué la disposition ci-dessus commentée de l'art. 244 sur la réduction judiciaire. D'autre part, notre loi n'a pas reproduit l'art. 71 de la loi belge, qui interdit la mainlevée des inscriptions de la femme dans l'intérêt du mari. Dans ces conditions, je crois pouvoir conclure que, dans l'état des textes, la femme, assistée et autorisée de son mari ⁽³⁾, est, en Tunisie, libre de donner mainlevée des

(1) Il en est autrement en droit belge (art. 72).

(2) T. T., 08, 45.

(3) La règle « *Nemo in rem suam auctor esse potest* » ne s'applique pas au mari (PLANIOL, *op. cit.*, t. I, n° 959).

inscriptions qui ont été prises à son profit, que ce soit directement, ou que ce soit dans l'intérêt des tiers, sauf, bien entendu, l'effet du régime dotal ⁽¹⁾.

307. — CRITIQUE. — Il n'est pas utile que j'insiste longuement sur les graves défauts que présente la loi tunisienne en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée. Ces défauts n'apparaissent que trop. Il semble que le rédacteur de cette partie de la loi ait voulu résumer en trois articles, tout en innovant sur certains points, les art. 64 à 72 de la loi belge; il nous a donné un texte sibyllin, également éloigné du droit belge et du code civil, qui hérisse de difficultés l'inscription des droits de la femme et qui, dans les cas relativement rares où cette formalité est quand même accomplie, en réduit sans motif la portée. On s'étonne que les législations qui ont institué des livres fonciers dans les possessions françaises, aient emprunté à la loi tunisienne de si médiocres dispositions sans les avoir améliorées sensiblement (Afrique Occidentale, art. 32 à 34; Madagascar, art. 33, 37, 38; Maroc, art. 163, 167, 168; Indo-Chine, art. 155 à 157). Si la loi foncière était soumise à une révision, il conviendrait d'abord d'élargir les garanties de la femme en attachant l'hypothèque à ses « droits et créances » comme l'art. 2121 C. civ. et l'art. 47 de la loi belge, et suivant l'interprétation que la jurisprudence donne de cette expression. Il importerait de rendre l'inscription plus facile : lors de la passation du contrat de mariage, la femme devrait être invitée à déclarer sur quels immeubles et pour quelle somme elle entend prendre inscription. Soit qu'il n'ait pas été stipulé d'hypothèque dans le contrat, soit dans le cas où celle stipulée serait devenue insuffisante, une inscription, non pas provisoire, mais définitive, sauf recours du mari en réduction, devrait, à toute époque, pouvoir être prise au vu d'une ordonnance du président du tribunal déterminant la somme à garantir et l'immeuble à grever pour toutes créances. Une telle réforme ne porterait aucune atteinte grave à la sécurité et à la commodité des transactions ni au crédit du mari, la femme non dotale pouvant toujours renoncer à son hypothèque au profit des tiers et, en cas de refus de la femme, ceux-ci étant informés par l'inscription de l'importance de la créance garantie et mis en mesure de prendre les précautions utiles ⁽²⁾.

(1) Sur les conséquences de l'inaliénabilité de la dot quant à la mainlevée de l'hypothèque légale. Boulanger, *op. cit.*, t. I, n° 189, Jacquet et Vétillard, *op. cit.*, n° 102.

(2) Voir Rapport Challamel, P.-V., de la commission du cadastre, fascicule 3, p. 113.

§ 4. — **Hypothèques du vendeur, de l'échangiste et du co-partageant** ⁽¹⁾

a) **Hypothèque du vendeur** ⁽²⁾

308. — ORIGINE. — En droit français moderne, le vendeur jouit d'un privilège sur la chose vendue pour le paiement du prix parce qu'il a mis la chose dans le patrimoine de l'acheteur. S'il n'avait pas un droit de préférence, les créanciers de l'acheteur s'enrichiraient injustement à ses dépens. En matière immobilière, la créance du vendeur prend rang avant celles garanties par des hypothèques générales antérieurement inscrites. C'est ce classement de faveur qui fait ranger parmi les privilèges la garantie accordée au vendeur d'immeuble. Les auteurs enseignent que cette garantie n'est pas, au fond, un véritable privilège, mais une hypothèque légale privilégiée. Le privilège du vendeur se conserve par la seule transcription de la vente; cependant, pour la commodité des recherches, la loi veut que le conservateur des hypothèques le fasse figurer d'office sur le registre des inscriptions.

La loi belge a conservé ce système (art. 27, 30 à 36) et l'a même généralisé en l'appliquant au donateur et au co-partageant. La loi tunisienne a écarté, avec raison, la notion de privilège. Le privilège du vendeur n'aurait pas eu de raison d'être dans le système qu'elle instituait, les hypothèques générales et occultes n'étant pas admises et aucune inscription ne pouvant être prise du chef de l'acheteur avant l'inscription de la vente ⁽³⁾. Elle a donc remplacé le privilège du droit français par une hypothèque légale. Toutefois, en cette matière comme en toutes celles où elle innovait, l'idée est demeurée floue et la mise en œuvre imparfaite.

309. — SYSTÈME DE LA LOI. — L'art 239 reconnaît une hypothèque forcée au vendeur, à l'échangiste ou au co-partageant « quand il n'a pas été réservé d'hypothèque conventionnelle ». L'art. 246 dit que le vendeur peut stipuler une hypothèque dans l'acte de vente et l'art. 247 que, faute d'avoir stipulé l'hypothèque, il peut requérir inscription en

(1) Les dispositions de la loi tunisienne en cette matière ont été reproduites par les autres législations coloniales : Madagascar, art. 40. Afrique Occidentale, art. 39. Maroc, art. 170. Indo-Chine, art. 162.

(2) Bien que la loi foncière — comme d'ailleurs les lois française et belge — ait traité, en même temps que de l'hypothèque du vendeur, de l'action en résolution de la vente j'étudierai celle-ci au chapitre de la force probante des inscriptions, *infra*, n° 462.

(3) Art. 357. *Infra*, n° 422.

vertu d'un jugement du tribunal. Il résulte enfin de l'art. 249 qu'en cas d'urgence, le président du tribunal peut autoriser une inscription provisoire.

Le vendeur a donc bien, comme le mineur et la femme mariée, une hypothèque résultant de la loi. Cette hypothèque n'a pas besoin d'être spécialisée, car elle l'est déjà par l'acte de vente, à la fois quant à la somme due et quant à l'immeuble grevé. L'intervention du juge était donc inutile. La loi aurait pu décider que l'hypothèque serait inscrite d'office par le conservateur, à défaut de dispense. C'est ce qu'elle a fait dans le cas de vente à la barre du tribunal; en vertu de l'art. 358, le conservateur prend d'office inscription pour la sûreté du prix de toute adjudication, même volontaire. Il en est autrement dans le cas de vente amiable, sans qu'on puisse justifier cette différence au point de vue de la logique ⁽¹⁾. La manière de garantir le paiement du prix ne devrait pas dépendre de la forme de la vente.

310. — RANG. — L'hypothèque du vendeur, comme toutes les autres, n'existe à l'égard des tiers que par l'inscription et ne prend rang que du jour de l'inscription. Si elle a été stipulée dans l'acte de vente, elle est inscrite en même temps que la vente. Aucune autre inscription n'est susceptible de la primer, car il n'est pas possible d'inscrire une charge quelconque sur l'immeuble du chef de l'acheteur avant que le titre de celui-ci ait été, lui-même, inscrit (art. 357 et *infra*, n° 422). Toutefois, l'hypothèque du vendeur peut se trouver en concurrence avec les hypothèques inscrites le même jour, par suite de la règle que les inscriptions prises le même jour viennent au même rang (*supra*, n° 256). Ce résultat, qui est presque toujours contraire à l'intention des parties, serait évité si le législateur, réformant l'art. 260, consacrait intégralement le principe que l'antériorité du dépôt à la conservation détermine l'antériorité du rang.

Si l'hypothèque n'a pas été stipulée dans l'acte de vente, l'inscription, autorisée provisoirement par le président et définitivement par le tribunal, ne prend rang qu'à sa date et se trouve donc primée par toutes celles qui ont pu être prises du chef de l'acheteur depuis l'inscription de la vente.

Ce système présente, à mon avis, plus d'inconvénients que d'avantages. Sans doute un vendeur un peu expérimenté en évitera les dan-

(1) L'hypothèque peut être stipulée dans un cahier des charges aussi bien que dans un acte

gers en ayant soin de stipuler une hypothèque dans l'acte de vente et en faisant en sorte qu'une autre inscription ne soit pas prise le jour où la sienne est inscrite ⁽¹⁾. Mais la loi est mal connue et beaucoup de personnes croient qu'il y a, en Tunisie, comme en France, un privilège du vendeur qu'il n'est pas nécessaire de stipuler et qui vient toujours au premier rang. A mon sens, donc, il eut mieux valu décider que le conservateur inscrirait d'office l'hypothèque légale du vendeur, sans distinguer, selon que la vente est amiable ou judiciaire, sauf dans le cas où il en serait expressément dispensé par les parties. Cette réforme, combinée avec celle de l'art. 260, procurerait au vendeur d'immeuble en Tunisie la même sécurité que le privilège du code civil lui donne en France.

311. — CRÉANCES GARANTIES. — Comme l'art. 2103 C. civ., l'art. 239 de la loi foncière accorde l'hypothèque forcée « pour le paiement du prix ». On doit interpréter cette disposition de la même manière que celle du code civil. Elle s'applique non seulement au prix principal, mais à ses accessoires, intérêts, charges, épingles, pots de vin, frais et loyaux coûts du contrat si le vendeur en a fait l'avance, le tout à charge d'évaluation.

Si l'acte de vente porte quittance du prix, le vendeur ne peut prétendre à l'hypothèque forcée, même s'il est établi par une contre-lettre que le prix n'a pas été réellement payé. Cette solution est conforme à celle suivie en France pour le privilège du vendeur et, en outre, à l'art. 1321 C. civ., aux termes duquel les contre-lettres n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. Toutefois, d'après la jurisprudence française, le paiement en billets souscrits par l'acheteur au profit du vendeur n'emporte pas novation de la créance et laisse subsister le privilège, à la condition, bien entendu, que l'acte de vente avertisse les tiers que le règlement a eu lieu au moyen de billets.

Le remboursement du prix dû à l'acheteur à réméré, contre lequel le vendeur use du droit de rachat, n'est pas garanti par l'hypothèque forcée parce qu'il n'y a pas, dans ce cas, vente nouvelle, mais résolution d'une vente antérieure. L'acheteur à réméré a le droit de rétention (*supra*, n° 246).

(1) Il en a le moyen, du moins en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, en déposant, lui-même, à la conservation la copie du titre de propriété. Un autre créancier ne pourra, sans son autorisation, se servir de cette copie sans laquelle aucune inscription ne peut avoir lieu hors les cas déterminés par l'art. 375 (*infra*, n° 394).

312. — DONATION AVEC CHARGES. — La jurisprudence française refuse le privilège du vendeur au donateur pour la garantie des charges consistant en paiement de sommes d'argent, bien que la donation avec charges soit un contrat mixte qui participe de la donation et de la vente. Au contraire, la loi belge a expressément accordé le privilège « pour les charges pécuniaires ou autres prestations liquides » (art. 27). L'art. 239 ne s'est point inspiré de cette disposition de la loi belge. Mais l'art. 279 a reproduit les dispositions de l'art. 114 belge, aux termes desquelles le vendeur doit opter, en cas de purge, entre l'hypothèque et l'action résolutoire, et il a ajouté comme la loi belge : « Les dispositions qui précèdent sont applicables aux co-échangistes et au donataire » (lire : donateur). M. Scemama admet, à la faveur de ce texte, que le bénéfice de l'hypothèque forcée doit être étendue au donateur (*op. cit.*, p. 207). C'est une solution équitable. Le donateur qui réclame le paiement des charges de la donation est un créancier aussi intéressant que le vendeur. Mais l'argument ne vaut qu'en législation. Je crois qu'il faut s'en tenir à la règle que l'énumération des hypothèques forcées contenue dans l'art. 239 est limitative. On peut d'ailleurs expliquer la disposition de l'art. 279, relative à la purge, en disant qu'elle se rapporte au cas où le donateur se serait fait donner une hypothèque conventionnelle pour l'acquittement des charges de la donation en même temps qu'il se réservait l'exercice de l'action en révocation.

b) Hypothèque de l'échangiste

313. — ANALOGIE AVEC L'HYPOTHÈQUE DU VENDEUR. — Le contrat d'échange est de même nature que le contrat de vente. Historiquement, c'est l'échange qui a donné naissance à la vente. Si l'échange est fait avec soulte, il est en partie une vente. C'est pourquoi la jurisprudence française étend à l'échangiste le privilège du vendeur, bien que l'art. 2103 C. civ. ne l'ait pas nommé. L'art 239 de la loi foncière à l'exemple de la loi belge, lui a expressément accordé une hypothèque pour le paiement de la soulte. Cette hypothèque est soumise aux mêmes règles que celle du vendeur. Elle s'applique à la soulte, mais non à l'indemnité qui est due à l'échangiste s'il est évincé de l'immeuble par lui reçu en contre-échange (jurisprudence française conforme).

c) Hypothèque du co-partageant

314. — PRIVILÈGE DU CODE CIVIL. — Le privilège du droit français a pour objet d'assurer l'égalité dans les partages. Il se conserve par une inscription à prendre dans les 60 jours du partage, à défaut de quoi il dégénère en hypothèque. En rapprochant les art. 2102 et 2109, on constate qu'il garantit : 1° les soultes et retours des lots dans les partages en nature; 2° le prix des licitations; 3° le recours en garantie du co-partageant qui serait évincé de son lot.

315. — HYPOTHÈQUE DE LA LOI FONCIÈRE. — L'hypothèque de l'art. 239, qui remplace ce privilège, suit au point de vue du rang et de l'inscription les règles de l'hypothèque du vendeur et les observations que j'ai présentées ci-dessus lui sont applicables. Le texte parle du « co-partageant » en général, ce qui embrasse tous les partages, quelle que soit l'origine de l'indivision. Par contre, il n'est pas sans difficulté de déterminer les créances garanties et les immeubles grevés.

316. — CRÉANCES GARANTIES. — L'art. 239 vise uniquement les soultes. Cependant, l'art. 358 prescrit au conservateur d'inscrire d'office une hypothèque, au moment de l'inscription d'un jugement d'adjudication, au profit du co-licitant. L'hypothèque forcée du co-partageant existe donc également pour le prix des licitations judiciaires tranchées au profit de co-licitants. Mais peut-on l'admettre pour le prix des licitations amiables et pour le recours en garantie du co-partageant alors qu'aucun texte ne l'accorde ? A mon sens, la question doit être résolue par la négative, conformément au principe qui veut que dans la matière des droits de préférence les textes soient interprétés restrictivement.

317. — IMMEUBLES GREVÉS. — L'art. 239 dit que l'hypothèque porte sur l'immeuble partagé. L'interprétation judaïque de ce texte conduirait à grever de l'hypothèque tous les lots de la propriété partagée, même ceux attribués à des co-partageants qui ne sont pas débiteurs de la soulte. Mais il est logique et équitable d'entendre que l'hypothèque doit porter seulement sur les lots de ceux qui ont la charge de payer la soulte. Une controverse analogue existe en droit français qui, malgré les termes restrictifs de l'art. 2109, n'est pas définitivement tranchée.

**§ 5. — Absence d'hypothèque
au profit de la masse des créanciers en cas de faillite**

318. — CONTROVERSE. — J'ai exposé que l'organisation des droits réels en Tunisie relevait de la loi territoriale. J'ai rappelé, à plusieurs reprises, la règle d'interprétation d'après laquelle, en matière d'hypothèques, les textes sont de droit étroit. De ces principes il résulte, d'une manière incontestable, à mon avis, qu'il n'y a pas d'autres hypothèques légales ou forcées que celles énumérées à l'art. 239.

On a cependant soutenu que les art. 490 et 517 C. com. permettent de requérir l'inscription sur les immeubles immatriculés d'une hypothèque au profit de la masse des créanciers du débiteur failli ⁽¹⁾. Cette thèse a été développée dans une note du recueil Sirey, sous un arrêt de la cour suprême du 16 juin 1909, cassant, sans d'ailleurs se prononcer au sujet de l'hypothèque de la masse, un jugement du tribunal de Tananarive du 4 oct. 1904 (S. 10, 4, 25; R. A., 09, 2, 379). La législation foncière de Madagascar était alors exactement calquée sur la loi tunisienne. L'auteur de la note donne pour principal argument que le code de commerce est applicable à Madagascar : dès lors, dit-il, « il n'était pas besoin d'un texte pour établir l'hypothèque de la masse; il eut fallu, au contraire, un texte pour la supprimer ».

L'hypothèque de la masse n'a jamais été admise en Tunisie par la jurisprudence. Un jugement du Tribunal mixte du 4^{er} avril 1909, qui avait refusé d'en ordonner l'inscription, a été excellemment commenté dans Sirey par un magistrat de Tunisie (S. 10, 2, 289) ⁽²⁾. Cette note répond par des arguments décisifs à la théorie précédemment émise. « Il est exact que le code de commerce est applicable en Tunisie, au moins dans les rapports des justiciables des tribunaux français; mais il n'est applicable qu'en matière personnelle, non en matière immobilière. Les immeubles sont restés soumis à la législation locale et il est certain que les immeubles non immatriculés du failli ne sont pas grevés de l'hypothèque de la masse, le droit musulman qui régit ces immeubles ne connaissant pas d'hypothèque de ce genre. La nouvelle loi foncière qui a établi l'immatriculation n'a pu modifier que la législation foncière applicable avant elle: elle n'a donc pas eu

(1) Tout le monde n'admet pas en France que cette hypothèque soit une hypothèque légale. Certains auteurs la considèrent comme une hypothèque judiciaire. Si cette opinion était exacte, il ne saurait y avoir de controverse sur le point qui nous occupe, car, il est certain que le législateur tunisien a écarté l'hypothèque judiciaire. *Infra*, n° 324.

(2) Voir également ce jugement et le rapport du juge, R. A., 10, 2, 14.

à supprimer une hypothèque qui n'existait pas auparavant. Elle aurait dû, au contraire, la créer pour que cette hypothèque existât désormais ».

319. — COMMENT IL EST SUPPLÉÉ A L'HYPOTHÈQUE. — Il y a lieu d'examiner la question au point de vue pratique. Cet examen confirmera d'ailleurs que le législateur a eu réellement l'intention d'écarter l'hypothèque de la masse et qu'il a pu le faire sans mettre en péril les droits des créanciers.

L'hypothèque de l'art. 490 étant accordée à tous les créanciers, elle ne modifie pas les rapports entre eux : elle n'a donc pas d'utilité pendant la faillite au point de vue du droit de préférence. Elle n'est pas, non plus, nécessaire pour protéger les créanciers contre les actes de disposition du débiteur. A cet égard, la masse est protégée par le dessaisissement du failli. Ce qui importe, en raison des règles admises par la loi foncière au profit des tiers de bonne foi, c'est donc que le dessaisissement soit rendu public par une inscription au livre foncier. Il suffit, comme le disait le tribunal de Tananarive et comme on le fait en Tunisie, que le syndic requière l'inscription sur les titres de propriété du jugement déclaratif de faillite ⁽¹⁾. Cette inscription entre dans le cadre de l'art. 343, qui soumet à la publicité tout fait de nature à modifier l'inscription des droits réels.

Toutefois, l'hypothèque confère, en France, un double avantage à la masse : 1° par son inscription, la masse devient un tiers pouvant se prévaloir de son droit hypothécaire et l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 lui permet, d'après la jurisprudence, de repousser l'action résolutoire du vendeur non payé; 2° en cas de concordat simple, et après l'inscription prévue par l'art. 517, l'hypothèque permet aux créanciers de la masse de se faire payer avant les nouveaux créanciers. Le premier point est sans intérêt en Tunisie, où la situation se présente autrement tant pour la définition des tiers (*infra*, n° 420) que pour les droits du vendeur (*infra*, nos 462 et suiv.). En définitive, la seule utilité de l'hypothèque de la masse serait de garantir le paiement du dividende promis au concordat. Le législateur a estimé qu'il appartenait aux créanciers de subordonner l'acceptation des propositions du failli à l'établissement d'une sûreté hypothécaire s'ils croyaient cette précaution nécessaire. Nous le voyons ici fidèle à son système qui a consisté à faire, en règle générale, de la volonté des

(1) L'inscription peut être prise sans délai au vu d'un simple certificat du greffier.

parties, la source du droit d'hypothèque. En fait, une hypothèque conventionnelle est assez fréquemment stipulée dans le concordat; les droits de la masse sont alors sauvegardés aussi efficacement qu'en France ⁽¹⁾.

SECTION III

DE L'HYPOTHÈQUE TESTAMENTAIRE

320. — ORIGINE. — L'ancien droit français reconnaissait une hypothèque légale au légataire particulier sur les biens de la succession. Cette hypothèque subsiste sous le régime du code civil, bien qu'elle n'ait pas été énumérée dans l'art. 2121, l'art. 1017 y ayant fait une allusion.

Le législateur belge de 1831 a entendu supprimer ⁽²⁾ l'hypothèque légale qui ne s'harmonisait pas avec le système de la spécialité, mais il a permis au testateur (art. 44) d'établir, s'il le croyait utile, une hypothèque sur certains biens spécialement désignés pour la garantie des legs par lui faits : c'est ce qu'il a appelé l'hypothèque testamentaire.

La loi foncière a reproduit, dans son art. 254, la très brève disposition de la loi belge en y ajoutant seulement cette utile précision, que l'hypothèque doit être constituée « pour un chiffre déterminé ».

321. — CONDITIONS. — L'hypothèque peut être établie dans tout testament, qu'il soit authentique, olographe ou mystique. Comme le dit M. Scemama (*op. cit.*, p. 222) « la validité du testament à cet égard s'apprécie d'après la règle *Locus regit actum* ».

L'hypothèque doit être spécialisée quant aux immeubles grevés et quant aux créances garanties. Si le legs consiste dans une prestation dont la valeur n'est pas déterminée, il est nécessaire que le testament en ait évalué la charge.

Bien entendu, l'hypothèque testamentaire comme l'hypothèque légale de l'art. 1017, ne peut profiter qu'aux légataires particuliers : les légataires universels ou à titre universel ne sont pas créanciers

(1) La législation de l'Afrique Occidentale prévoit une hypothèque forcée au profit de la masse des créanciers (art. 32).

(2) LAURENT, *op. cit.*, t. XXX, n° 543; LÉPINOIS, *op. cit.*, t. IV, n° 1562.

de leurs legs, ils sont *loco heredis* et n'ont pas besoin d'hypothèque.

Bien entendu aussi, l'hypothèque testamentaire est soumise à l'inscription, n'existe à l'égard des tiers et ne prend rang que du jour de l'inscription : les art. 238 et 259 lui sont applicables ⁽¹⁾.

322. — EFFETS. — Le testament étant un acte de dernière volonté, l'hypothèque qui en résulte ne peut être inscrite et produire d'effet qu'au décès du testateur.

Elle ne saurait porter atteinte à la réserve héréditaire; elle ne grève donc valablement que la portion des biens représentant la quotité disponible.

Elle présente cette particularité remarquable qu'elle ne donne pas au légataire un droit de préférence à l'encontre des créanciers même chirographaires du défunt. Ce résultat, que la loi n'exprime pas, est certain, en droit français, comme étant une conséquence de l'adage : *Nemo liberalis nisi liberatus*. Il est admis sans contestation en Belgique (Laurent, *op. cit.*, t. XXX, 545; Lépinos, *op. cit.*, t. IV, n° 1365), et M. Scemama l'a, avec raison, signalé en ce qui concerne la Tunisie (*op. cit.*, p. 223). L'hypothèque n'a donc pour effet de créer au profit du légataire qui en est nanti un droit de préférence qu'à l'égard des autres légataires et des créanciers personnels de l'héritier. A ce dernier point de vue, elle fait double emploi avec la séparation des patrimoines, si l'on admet que celle-ci existe en Tunisie (*supra*, n° 247 et suiv.); mais elle a, sur le bénéfice de la séparation, l'avantage d'être indivisible et de comporter le droit de suite, que, dans notre opinion, la séparation des patrimoines ne crée pas.

323. — SA RARETÉ. — Il a été fait jusqu'ici très peu d'usage de cette institution. Cela tient sans doute à ce que les personnes qui font leur testament, et qui n'ont point en Tunisie de notaires pour les conseiller, ignorent les dispositions de la loi.

(1) M. SCÉMAMA, tout en affirmant cette solution, a cru à tort qu'elle n'était pas exprimée dans les textes (p. 223). En réalité, les art. 238 et 259 visent les hypothèques « soit volontaires, soit forcées »; or l'hypothèque testamentaire est, pour le rédacteur de la loi, une subdivision des hypothèques volontaires.

CHAPITRE V

REMPLACEMENT DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE PAR L'INSCRIPTION DU COMMANDEMENT

§ 1. — Inexistence en Tunisie de l'hypothèque judiciaire

324. — MOTIFS DU LÉGISLATEUR. — La loi foncière n'a pas institué d'hypothèque judiciaire. En 1885, cette hypothèque était fort discutée en France. On lui reprochait de dénaturer le rôle du juge qui consiste à déclarer le droit des parties, mais n'y doit rien ajouter, d'accumuler les frais, enfin et surtout de créer, entre des créanciers qui devraient rester au même rang, un ordre de priorité injustifié. Sa suppression avait été demandée par d'éminents auteurs : Valette, Laurent, Aubry et Rau. Elle avait été votée par l'Assemblée législative en 1850 ⁽¹⁾. Elle avait été réalisée en Belgique par la loi du 16 décembre 1851.

L'intention du législateur tunisien de ne pas admettre l'hypothèque judiciaire est certaine et n'a d'ailleurs jamais été contestée. L'avant-projet du Premier Ministre consacrait l'hypothèque judiciaire, en principe, tout en la soumettant à la spécialité (art. 26). Au contraire, le texte définitif l'exclut en disant, dans son art. 238 : « L'hypothèque est volontaire ou forcée » et en énumérant dans son art. 239 les hypothèques forcées sans y comprendre celle attachée en France au jugement de condamnation ⁽²⁾. Le rapport Cambon explique ainsi ce changement : « L'hypothèque judiciaire devrait être profondément modifiée et réduite par l'application du principe de spécialité. Il a paru préférable d'abolir une institution dangereuse pour le crédit, qui établit au profit du créancier le plus diligent une injuste inégalité et dont la suppression, admise par beaucoup de législations, est depuis longtemps réclamée en France ».

(1) Elle a été de nouveau proposée, en 1892, par la Commission extraparlamentaire du cadastre (P.-V., fascicule 3, pp. 46 et suiv.), puis dans le projet Darlan, en 1896.

(2) Voir le passage du rapport Pontois cité, n° 254,

325. — CONSÉQUENCES. — Il est fort douteux, malgré une jurisprudence contraire en Belgique, que les tribunaux aient le pouvoir d'enjoindre au débiteur, à titre de sanction de leurs sentences, de constituer une hypothèque au profit du créancier ⁽¹⁾. En tous cas, la décision du juge ne créerait qu'une obligation de faire se résolvant en dommages-intérêts, mais l'hypothèque ne pourrait jamais résulter du jugement de condamnation.

Une question différente se poserait, si le débiteur ayant promis d'hypothéquer et le créancier acceptant cette promesse, le contrat d'hypothèque se trouvait formé et s'il manquait seulement la réalisation par un acte remplissant les conditions qu'exige la loi. Un jugement peut-il alors tenir lieu d'acte constitutif ? Je ne crois pas qu'en principe on doive écarter ce moyen de faire respecter les engagements pris : l'hypothèque, bien qu'établie par une décision de justice, ne serait pas alors l'hypothèque judiciaire repoussée par la loi foncière, elle aurait sa source dans la convention des parties. Toutefois, la promesse d'hypothèque ne pourrait, à mon avis, produire d'effet que si elle avait été donnée pour une somme et des immeubles déterminés ou, à défaut d'une précision absolue, si elle permettait tout au moins de déterminer, avec certitude, la somme garantie et les biens grevés ⁽²⁾.

§ 2. — Inscription du commandement

326. — ORIGINE DE L'INSCRIPTION DU COMMANDEMENT. — La loi belge du 15 août 1854 avait prévu la transcription du commandement de payer (art. 15) et interdit au débiteur d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles indiqués au commandement (art. 27) : le commandement devait, d'ailleurs, être suivi, dans le délai d'un mois ⁽³⁾, d'un exploit de saisie, faute de quoi il cessait de produire tout effet (art. 17). C'est de ces dispositions qu'est sorti l'art. 55 de la loi foncière.

327. — RÉFORMES SUCCESSIVES. — L'art. 55 disposait que le commandement à fin de saisie immobilière pourrait être dénoncé au con-

(1) LAURENT, *op. cit.*, t. XXX, n° 191. LÉPINOIS, *op. cit.* t. III, n° 1.240.

(2) LAURENT, *op. cit.*, t. XXX, n° 453. LÉPINOIS, *op. cit.*, t. IV, n° 1.458 et suiv. L'hypothèque, ainsi reconnue par justice, qui serait une hypothèque conventionnelle, ne pourrait en Tunisie, être inscrite que moyennant la production de la copie du titre. *Infra*, n° 394.

(3) La loi belge du 10 octobre 1913 a porté à six mois la durée de l'indisponibilité. En Belgique, la saisie immobilière est pratiquée 15 jours au moins et six mois au plus après le commandement.

servateur qui l'inscrirait sur le titre et qu'à partir de cette dénonciation aucune inscription nouvelle ne serait prise sur l'immeuble pendant les délais déterminés par les lois sur la procédure. A ces derniers mots, la révision de 1892 substitua ceux-ci : « pendant le cours de l'instance en expropriation ou en licitation ». Dans cet état du texte, aucun délai de péremption n'étant fixé par la loi, l'inscription du commandement produisait ses effets jusqu'à ce que le débiteur ait obtenu une mainlevée ou un jugement ordonnant la radiation ⁽¹⁾. C'était une situation fort rigoureuse et une gêne économique considérable (voir deux jugements du tribunal de Tunis du 22 nov. 1922, et les notes, *J. T.*, 23, 79 et 83). Un décret du 16 août 1923, modifiant les art. 55, 277 et 280 de la loi foncière, a institué une péremption de deux ans et, d'autre part, a permis d'inscrire les aliénations, à charge par l'acquéreur de faire la purge; les créanciers chirographaires qui ont fait inscrire un commandement ont reçu le droit de surenchère.

Au stade actuel de son évolution, l'inscription du commandement est bien différente du système belge. La loi belge ne considère le commandement que comme le préliminaire de la saisie et se borne à faire produire à la transcription de celui-ci les effets que l'art. 686, C. pr. civ., attachait à la transcription de la saisie afin que, dans l'intervalle, le débiteur poursuivi ne puisse aliéner ou hypothéquer ses biens au détriment des créanciers. La loi foncière attribue à l'inscription des effets propres qui subsistent après que le commandement est périmé au point de vue de la poursuite ⁽²⁾. Le créancier chirographaire, qui n'a pas obtenu son paiement, n'est pas obligé de saisir pour sauvegarder ses droits. Il peut, au terme des deux ans, dénoncer un nouveau commandement et renouveler ainsi son inscription. Il a un droit de suite *sui generis* qui lui permet de surenchérir. La loi a créé ainsi une sorte d'opposition immobilière que l'on peut rapprocher du projet soumis à l'assemblée législative de 1851 et des propositions examinées par la commission extraparlamentaire du

(1) Le commandement produit divers effets conservatoires : interruption de la prescription (art. 2.244 C. civ.), mise en demeure (art. 1.139), cours des intérêts (art. 1.153). Ces effets ne sont pas anéantis faute de procédure subséquente. Il paraissait en être de même de l'inscription prise en vertu de l'art. 55 et le conservateur ne se croyait pas autorisé à passer outre à une inscription de commandement non suivie de saisie, si ancienne qu'elle fût.

(2) Au Maroc l'art. 87 du *dahir* du 12 août 1913 est calqué sur l'ancien art. 55 de la loi tunisienne. Toutefois, le commandement n'a d'effet que comme préliminaire de la saisie et l'art. 208 du *dahir* du 2 juin 1915 permet de rayer les inscriptions sur simple ordonnance de référé lorsqu'il n'est pas donné suite à la saisie.

cadastre, particulièrement de celles présentées par M. Bufnoir dans la séance du 1^{er} nov. 1892 (P.V., fasc. 3, p. 66). Toutefois, l'organisation du système est demeurée imparfaite. L'art. 55, conçu en termes trop généraux et peu explicites, continue à donner lieu à d'importantes difficultés qui apparaîtront à l'analyse du texte.

Pour préciser la portée de l'art. 55, il est nécessaire de déterminer : 1° les droits réels qui peuvent être frappés par l'inscription du commandement; 2° les créanciers qui peuvent user du bénéfice de l'art. 55; 3° les effets de l'inscription à l'égard du débiteur et du créancier; 4° l'étendue de l'interdiction d'inscrire.

328. — DROITS RÉELS QUI PEUVENT ÊTRE FRAPPÉS D'UNE INSCRIPTION DE COMMANDEMENT. — Le texte a visé l'inscription du « commandement à fin de saisie immobilière ». Dès lors le champ d'application de l'art. 55 paraît être le même que celui de la saisie immobilière et il y a lieu de se référer à l'art. 287 qui énumère comme assujettis à cette voie d'exécution : 1° la propriété; 2° l'enzel; 3° l'usufruit; 4° l'emphytéose; 5° la superficie. Mais il reste un cas douteux, celui de la rente de l'enzel (*supra*, n° 195).

329. — CONDITIONS REQUISES POUR USER DU BÉNÉFICE DE L'ART. 55. — Puisque l'inscription du commandement remplace l'hypothèque judiciaire, il semble qu'elle aurait dû être réservée aux seuls créanciers chirographaires. Mais la loi n'a pas limité aux chirographaires le droit de faire inscrire sur le titre le commandement de payer.

Pour faire la dénonciation au conservateur, il faut et il suffit que le commandement soit régulier en la forme, qu'il tende à la saisie réelle ⁽¹⁾, que, conformément à l'art. 295, il ait été signifié « en vertu d'un titre inscrit ou exécutoire » ⁽²⁾, qu'enfin il énonce qu'une inscription sera requise sur le livre foncier par application de l'art. 375 ⁽³⁾.

330. — EFFETS DE L'INSCRIPTION DU COMMANDEMENT. — Ces effets, en ce qui concerne le débiteur, présentent des analogies avec ceux que produit la transcription de la saisie. Toutefois, à la différence

(1) Un commandement datant de plus de 90 jours ne paraît pas susceptible d'être inscrit.

(2) Sur l'art. 295, *infra*, n° 346. Comme l'hypothèque judiciaire en France, la dénonciation du commandement est une mesure conservatoire et non pas un acte d'exécution. Les dispositions des art. 155 et 450 C. Pr. civ. relatives à l'exécution des jugements par défaut ou en premier ressort ne lui sont pas applicables et l'inscription prise en vertu d'un jugement non définitif subsiste nonobstant l'opposition ou l'appel.

(3) *Infra*, n° 394.

de celle-ci, l'inscription du commandement ne restreint pas le droit du débiteur de jouir personnellement de son immeuble et d'en percevoir les loyers et fermages, sauf s'il s'agit de loyers non échus pour plus d'une année. Mais, dans une certaine mesure, elle l'empêche d'en disposer et, généralement, de faire tous les actes dont l'efficacité à l'égard des tiers est subordonnée à la publicité du livre foncier. A la vérité, les actes accomplis par le débiteur ne sont pas nuls. Que l'inscription de commandement vienne à être radiée et ils pourront être inscrits et produire toutes leurs conséquences juridiques. Mais, tant qu'elle subsiste, les personnes qui traitent avec le débiteur étant dépourvues du moyen de rendre leurs conventions opposables aux tiers, l'immeuble est pratiquement frappé d'indisponibilité ⁽¹⁾.

En ce qui concerne le créancier, l'inscription du commandement ne produit pas, bien entendu, les effets de l'hypothèque judiciaire. L'inscrivant, s'il est chirographaire, n'est pas préférable aux autres créanciers chirographaires. La loi a voulu le mettre à l'abri des actes du débiteur qui auraient eu pour résultat de le léser; elle n'a pas pensé modifier la nature de son droit. L'inscription du commandement ne lui confère pas de droit réel. Aucune disposition de la loi foncière, relative aux droits réels, ne le vise, soit expressément, soit implicitement. La réforme de 1923 elle-même n'a pas cette portée : le législateur s'est borné à accorder exceptionnellement le droit de surenchère à une catégorie de créanciers chirographaires. C'est donc par erreur qu'un jugement du Tribunal de Tunis du 31 janvier 1906 (non publié), a dit dans ses motifs « que l'inscription a évidemment pour but de donner au créancier, qui devient ainsi un tiers, un droit réel sur l'immeuble ». Par contre, le tribunal a décidé, avec raison, que ce créancier est un tiers autorisé à se prévaloir du défaut de publicité, d'abord parce qu'en Tunisie le créancier chirographaire est toujours un tiers ⁽²⁾, ensuite parce qu'en l'autorisant à s'inscrire, la loi lui a accordé la protection attachée à toute inscription qui consiste à primer les droits non inscrits. Donc, il importerait peu qu'un acte eût acquis date certaine avant la dénonciation du commandement : cet acte ne serait pas opposable au créancier et le tribunal ne pourrait pas en ordonner l'inscription.

(1) La sommation de payer ou de délaisser adressée au tiers détenteur est également inscrite sur le titre. On attribue à son inscription les mêmes effets à l'égard des tiers qu'à l'inscription du commandement à l'égard du débiteur.

(2) *Infra*, n° 420.

En même temps que l'inscrivant, le commandement protège, dans une certaine mesure, tous les autres créanciers. Mais il ne serait pas exact de dire que l'inscription du commandement profite à la masse : la loi ne lui a point attribué des effets analogues à ceux de la faillite. Cela apparaît dans deux cas : la purge et la radiation. Depuis 1923, les aliénations qui donnent ouverture à la procédure de purge peuvent être inscrites nonobstant le commandement. Seul des créanciers chirographaires, celui qui a dénoncé un commandement, peut requérir la mise aux enchères ; les autres ne possèdent pas ce droit. D'autre part, le créancier poursuivant est, à tout moment, maître de donner mainlevée de son inscription ; le débiteur peut en demander judiciairement la radiation pour un motif personnel au poursuivant, sans que des tiers puissent intervenir pour s'y opposer. Bref, si les autres créanciers chirographaires veulent sauvegarder leurs droits, ils doivent dénoncer eux-mêmes des commandements.

331. — ETENDUE DE L'INTERDICTION D'INSCRIRE. — « Aucune inscription nouvelle, dit l'art. 53, ne pourra être prise sur l'immeuble... » L'interdiction d'inscrire est tout à fait générale. Il apparaît cependant qu'il n'est pas possible de se conformer au sens littéral du texte et que des exceptions s'imposent absolument.

Il va de soi, d'abord, qu'il y a lieu d'inscrire les actes de procédure qui sont la suite normale du commandement, depuis le procès-verbal de saisie jusqu'au jugement d'adjudication et à l'inscription d'office. Après l'inscription d'office, plus d'inconvénient à inscrire les actes qui interviendront entre l'adjudicataire et des tiers : les mots « pendant le cours de l'instance en expropriation » indiquent d'ailleurs que l'interdiction prend fin désormais.

Il est également hors de contestation qu'il faille inscrire les nouveaux commandements. De même, la saisie pratiquée à la requête d'un autre créancier, car il n'est pas dérogé au code de procédure : la poursuite appartient à celui qui, le premier, requiert l'inscription de la saisie.

Solution semblable en ce qui concerne le délaissement par le tiers détenteur, le jugement déclaratif de faillite, l'expropriation pour cause d'utilité publique qui est prononcée par un décret beylical opposable à tous et ayant pour effet de reporter les droits des créanciers sur l'indemnité.

Les radiations peuvent être opérées : elles ne préjudicient pas au créancier qui a dénoncé le commandement, au contraire, et le sens littéral du texte ne les exclut pas.

Les subrogations consenties par les créanciers hypothécaires ou les crédi-rentiers de l'*enzel* ne sauraient être écartées, car le commandement n'a pas immobilisé les droits des tiers inscrits au livre foncier. D'une manière générale, sont susceptibles d'être inscrits tous les actes qui concernent un droit distinct de celui qui est grevé du commandement.

L'inscription du décès du débiteur et de la dévolution légale ou testamentaire de sa succession peut paraître une question plus délicate. Cependant l'inscription n'a pas, dans ce cas, pour effet de rendre la mutation opposable aux tiers. Cette mutation leur est opposable de plein droit : du jour du décès, les héritiers et légataires acquièrent la propriété à l'égard de tous. La loi foncière a soumis à la publicité les transmissions par décès dans un autre but, celui de renseigner les tiers. Il ne semble pas que la règle de la publicité doive être mise en échec, alors que l'inscription ne peut nuire aux créanciers, c'est-à-dire quand l'héritier ou le légataire succède aux obligations du défunt, soit *ultra vires*, soit *intra vires hereditatis*. Il en serait autrement du legs particulier, parce que le légataire particulier n'est point tenu des dettes de la succession. Comme corollaire de l'inscription des mutations par décès, on doit aussi admettre la demande de séparation des patrimoines.

Enfin, les prénotations de l'art. 53, qui ont pour objet de porter à la connaissance des tiers et de rendre opposables à ceux qui ne sont pas antérieurement inscrits, les demandes en nullité ou en résolution de droits réels, paraissent devoir être faites. S'il en était autrement, le demandeur en nullité ou en résolution risquerait d'être dans l'impossibilité de faire prévaloir son droit : son adversaire n'aurait qu'à obtenir mainlevée du commandement et à faire inscrire simultanément cette mainlevée et un acte d'aliénation ou encore, d'autres obstacles pourraient surgir indéfiniment du fait de nouveaux commandements ou de saisies. Mais la prénotation ne devant pas préjudicier au créancier qui, antérieurement, a dénoncé un commandement, le jugement de nullité ou de résolution ne pourra être inscrit qu'après radiation de ce commandement.

Hors les cas où l'exercice des droits acquis aux tiers et l'application des principes généraux de la loi foncière commandent des dérogations, la règle de l'art. 55 reprend son empire. L'intention du législateur a été de rendre sans effet, à l'égard des créanciers, les actes d'aliénation accomplis par le débiteur, sauf purge, la constitution, volontaire ou non, de nouvelles charges quelconques et toutes autres

modifications du droit de propriété. C'est ainsi que le conservateur est obligé de refuser l'inscription des hypothèques forcées, des partages, etc., etc...

Ce sont des conséquences qui, à mon avis, sont excessives et qu'une réforme devrait limiter.

332. — RÈGLES DE LA PÉREMPTION. - - Le délai de péremption, institué par le décret du 16 août 1923, est de deux ans : c'est la durée qui avait été proposée à la commission du cadastre.

« Les effets de l'inscription de commandement qui n'a pas été suivie d'inscription de saisie cessent à l'expiration d'un délai de deux ans à compter du jour où elle a été effectuée, à moins qu'il n'ait été fait mention, sur le titre, d'un acte ayant interrompu la péremption du commandement ».

Par analogie avec la règle suivie pour le calcul du délai de l'art. 2154 C. civ., on doit admettre que le dernier jour pendant lequel l'inscription produit son effet est le deuxième anniversaire du jour où elle a été prise.

D'autre part, l'inscription de la saisie empêche la péremption de l'inscription du commandement. La saisie paraît faire obstacle à la péremption non seulement pour le commandement du saisissant, mais pour les commandements des tiers qui ont été dans l'impossibilité de faire inscrire eux-mêmes une saisie.

Enfin, le créancier peut éviter la péremption de son inscription en faisant mentionner en marge de celle-ci les actes de procédure, par exemple, l'opposition au commandement, desquels il résulte que son commandement n'est pas atteint par la péremption de l'art. 674 C. pr. civ. ⁽¹⁾.

333. — PURGE. INDISPONIBILITÉ DE L'IMMEUBLE. — S'il y a des commandements inscrits, la procédure de la purge est modifiée : au lieu que l'acquéreur inscrive d'abord son titre, puis notifie des offres aux créanciers inscrits (art. 276), les notifications, dans ce cas, précèdent l'inscription (art. 277). Le conservateur n'inscrit la mutation que s'il lui est justifié de ces notifications.

La mutation inscrite, l'indisponibilité de l'immeuble ne cesse pas, car l'art. 277 dispose qu'« aucune inscription ultérieure ne sera

(1) Le commandement à la requête des sociétés de crédit foncier vaut saisie (D. 20 juin 1906). L'inscription de ce commandement n'est donc pas soumise à la péremption de deux ans.

effectuée sur le titre jusqu'à règlement de la purge ou mainlevée du commandement ». Il en est ainsi qu'il y ait eu ou qu'il n'y ait pas eu de surenchère et même après l'expiration du délai de péremption de l'art. 55 nouveau. A défaut de règlement amiable, suivi de la mainlevée des inscriptions de commandement, l'indisponibilité ne prend fin que par la distribution judiciaire du prix et la radiation faite au vu de l'ordonnance du juge.

334. — CRITIQUE. — Il est fait grand usage de l'inscription du commandement. Elle constitue, pour les créanciers, une mesure de protection énergique et il n'est pas douteux qu'elle rend des services au crédit, sans présenter les inconvénients de l'hypothèque judiciaire. Mais si elle est utile et nécessaire à l'égard des débiteurs de mauvaise foi, il est à craindre qu'elle ne soit un instrument redoutable entre les mains d'usuriers ou de créanciers mal intentionnés. On éviterait, dans une certaine mesure, les abus, en organisant une procédure sommaire de purge : une ordonnance du président du tribunal, rendue sur requête ou en référé, pourrait prescrire la consignation des causes du commandement et la radiation de l'inscription au vu du récépissé de la caisse des dépôts et consignations. Il conviendrait également de limiter l'interdiction d'inscrire qui résulte du commandement inscrit aux actes portant aliénation ou constitution de droits réels, comme dans les projets français. Ce ne serait pas, je crois, affaiblir la sécurité du crédit; ce serait certainement faciliter les transactions, qu'entrave souvent l'existence de commandements ou la crainte d'en voir surgir au dernier moment; on allègerait enfin la situation des débiteurs qui sont quelquefois les plus dignes de la sollicitude du législateur.

CHAPITRE VI

DES INSCRIPTIONS ET RADIATIONS D'HYPOTHÈQUES

§ 1. — Inscription des hypothèques

335. — FORMES DE LA PUBLICITÉ. — Dans le système du livre foncier, tel qu'il est organisé en Tunisie, la publicité des hypothèques ne diffère pas essentiellement, au point de vue de la forme, de la publicité des autres droits réels et de la propriété elle-même. Tous les droits relatifs à l'immeuble figurent sur les mêmes feuillets, dans l'ordre de leur dépôt à la conservation. Aucun acte n'est transcrit. Tous sont analysés sous la forme d'inscriptions dont la rédaction appartient au conservateur : pas plus pour les hypothèques que pour les autres droits, il n'est fourni de bordereaux d'inscription par les parties. Je renvoie, pour toutes ces questions, au chapitre relatif à l'organisation du livre foncier. Les énonciations qui doivent figurer nécessairement dans les inscriptions, les nullités de forme dont elles peuvent être atteintes, la responsabilité du conservateur seront également étudiées ultérieurement ⁽¹⁾.

336. — CONSERVATION DES INTÉRÊTS ⁽²⁾. — Sous le régime du Code civil (art. 2151 modifié en 1893), le créancier peut se faire colloquer pour trois années d'intérêts au même rang que pour le capital. Il peut prendre des inscriptions particulières ayant rang à leurs dates pour les intérêts non conservés par l'inscription primitive.

Les auteurs de la loi foncière ont estimé que l'accumulation occulte des intérêts pendant trois ans était dangereuse pour les transactions et le crédit et ne correspondait pas suffisamment à la règle de spécialité. Les tiers sont en effet fondés à présumer que les intérêts ont été payés régulièrement et il importe qu'ils ne soient pas exposés à des surprises à ce point de vue. La loi a donc décidé, dans l'art. 237, que le créancier pourrait être colloqué pour une année seulement et

(1) *Infra*, nos 413 et suiv., 498.

(2) *Supra*, n° 285.

pour l'année courante (*Id.* Maroc, art. 160; au contraire, la Belgique, art. 87).

L'interprétation de l'ancien art. 2151 a donné lieu à des controverses qui peuvent également s'élever au sujet de notre art. 237 ⁽¹⁾. L'opinion qui paraît préférable et qui a été sanctionnée par la Cour de cassation est qu'on doit entendre, par année courante, l'année qui est en voie de s'accomplir au moment où l'hypothèque a produit son effet légal, c'est-à-dire la période comprise entre la dernière échéance d'intérêts et les notifications à fin de purge en cas d'aliénation volontaire ou l'inscription du jugement en cas d'adjudication sur saisie. MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes enseignent que l'année échue n'est pas nécessairement celle qui précède l'année courante; ce peut être une année quelconque, courue depuis l'inscription, pourvu que les intérêts n'en soient pas prescrits.

Les intérêts ayant couru à partir du moment où l'hypothèque a produit son effet légal et où le droit des créanciers est transporté de l'immeuble sur le prix, jusqu'à la clôture de l'ordre, doivent être payés avec le principal.

337. — PÉRENNITÉ DES INSCRIPTIONS D'HYPOTHÈQUES. — On sait qu'en France les inscriptions ayant plus de dix ans de date sont périmées. En Belgique, la péremption est de 15 ans. Le principal motif de la péremption est que si les inscriptions ne se périmaient pas les recherches seraient, sous les régimes de publicité personnelle, difficiles et longues et les risques d'erreur plus considérables. Cette raison disparaît entièrement dans le système de la publicité réelle. C'est pourquoi la loi foncière a pu établir le principe de la pérennité qui est consacré dans les art. 228 et 238. Le créancier y trouve une sécurité plus grande : en France, un certain nombre de créances sont perdues parce que l'inscription n'a pas été renouvelée en temps utile; en Tunisie, ce danger serait aggravé par l'absence de notariat. En France, les inscriptions en renouvellement encombrant les registres; souvent, le débiteur qui se libère ne fait pas rayer l'inscription, préférant attendre la péremption, et sans doute il évite ainsi des frais, mais en revanche les registres hypothécaires présentent une situation fictive, les tiers doivent chercher ailleurs les renseignements qui les intéressent. En Tunisie, le débiteur a généralement soin de se munir, lorsqu'il paye, d'une mainlevée régulière, qui est d'ailleurs

(1) V. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, nos 1.724 et suiv.

donnée par acte sous seings privés, et il néglige rarement d'apurer son titre de propriété. Quelques inscriptions anciennes subsistent cependant, dont la radiation devient plus difficile à mesure que le temps s'écoule, mais l'expérience montre que cet inconvénient est très limité : il ne saurait contre-balancer les avantages de la pérennité.

338. — ARRÊT DU COURS DES INSCRIPTIONS. — La loi n'impartit aucun délai pour inscrire les hypothèques, non plus d'ailleurs que pour inscrire les autres droits soumis à la publicité. Le créancier hypothécaire s'inscrit quand il veut et la seule conséquence de son retard est, en principe, qu'il peut se trouver primé par d'autres hypothèques constituées après la sienne, mais dont les bénéficiaires ont été plus diligents. Il n'y a pas, en Tunisie, d'événements qui arrêtent le cours des inscriptions hypothécaires. Non pas que le créancier ne puisse se trouver empêché de donner la publicité à son hypothèque dans certaines circonstances et ne voie par suite son droit paralysé. Cela se produit dans divers cas : aliénation des biens hypothéqués antérieurement inscrite, inscription d'un commandement sur le titre de propriété ainsi qu'il a été dit ci-dessus, inscription d'une saisie immobilière, inscription de faillite ou de liquidation judiciaire. Mais, comme il sera expliqué plus loin ⁽¹⁾, tout cela est purement et simplement la conséquence des principes de publicité, légalité et force probante et le résultat de l'extension de la qualité de tiers à tous les créanciers, même chirographaires. Ce n'est point spécial aux hypothèques : les autres inscriptions se heurtent aux mêmes obstacles. En disant qu'il n'y a pas d'événements qui arrêtent le cours des inscriptions hypothécaires, j'entends donc qu'aucune disposition actuellement en vigueur de la loi foncière ne déclare nulle l'inscription d'une hypothèque valablement constituée, ou, en d'autres termes, que les deux cas de nullité du droit français : inscription après le jugement déclaratif de faillite ou pendant la période suspecte qui précède la faillite et inscription après le décès du débiteur, si la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, sont sans influence, en ce qui concerne les immeubles immatriculés.

339. — EFFETS DE LA FAILLITE SUR L'INSCRIPTION DES HYPOTHÈQUES VALABLEMENT ACQUISES. — L'art. 235 de la loi de 1885 disposait que « l'inscription d'une hypothèque sera annulée et ne produira aucun

(1) N° 425.

effet même à l'égard des tiers, si elle est prise dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls ». Cet article était reproduit de l'art. 2146 C. civ., 1^{re} alinéa. Si surprenant que cela paraisse, le législateur de 1885 ne s'était pas avisé que cette disposition avait cessé d'être en vigueur en France, ayant été modifiée par l'art. 448 C. com., remanié en 1838. Non seulement il avait adopté un texte implicitement abrogé, mais il l'avait aggravé en y ajoutant les mots « même à l'égard des tiers », ce qui était aller directement à l'encontre des principes de la nouvelle législation.

L'art. 235 a été abrogé en 1892. Mais cette abrogation a été l'origine d'une longue controverse. Selon une opinion, l'abrogation de l'art. 235 démontre que le législateur a entendu écarter l'application de toutes les nullités de la faillite, c'est-à-dire des art. 446, 447 et 448 C. com. Dans l'opinion contraire, on soutient que le législateur a seulement voulu supprimer l'exception à la force probante des inscriptions au profit des tiers de bonne foi, que le texte de 1835 avait formulée et se référer purement et simplement au code de commerce (V. l'étude publiée par M^e Cardoso, avocat-défenseur, à Tunis, *J. T.*, 16, 247).

Entre ces deux opinions, la jurisprudence a oscillé. Un arrêt de la Cour d'Alger du 19 février 1900 (*R. A.*, 00, 2, 293; *J. T.*, 00, 448) s'était prononcé dans les termes les plus affirmatifs pour l'application de l'art. 446, mais le 29 oct. 1902, la même Cour a statué dans un sens diamétralement opposé (*R. A.*, 03, 2, 354; *J. T.*, 03, 81⁽¹⁾). La Cour de Paris jugeant, le 29 juin 1904 (*J. T.*, 04, 601), un procès qui se rattachait à la célèbre affaire Humbert, a estimé que l'art. 448 était applicable en Tunisie tout en paraissant admettre que les art. 446 et 447 ne l'étaient pas. Enfin, en 1926, la Cour de cassation s'est prononcée pour l'application de l'art. 446 (Cass. civ., 7 déc. 1926, *R. A.*, 27, 2, 159, et note de M. E. H. Labbe; *J. T.*, 27, 96). Je reviendrai sur l'application aux immeubles des nullités édictées par les art. 446 et 447⁽²⁾. Il s'agit uniquement ici de l'art. 448. J'estime que c'est une question entièrement distincte de celle des autres nullités de la faillite. Les art. 446 et 447 s'occupent de la validité des contrats passés par le failli durant la période suspecte. La validité des contrats est régie par les principes du droit civil français dans la mesure où

(1) V. également Tunis, 14 mars 1908, *J. T.*, 08, 484, et 31 juillet 1913, *J. T.*, 13, 648.

(2) *Infra*, n^o 476.

ceux-ci ne sont pas en opposition avec la loi foncière (*supra*, n° 140). L'art. 448 vise, ce qui est bien différent, des hypothèques valablement acquises; il en déclare les inscriptions nulles si elles sont prises après le jugement déclaratif de faillite ou permet de les annuler, si elles sont effectuées pendant la période suspecte qui précède la déclaration de faillite et plus de 15 jours après la naissance des hypothèques. La validité ou la nullité des inscriptions est une matière qui fait partie de l'organisation de la publicité des droits immobiliers, c'est-à-dire qu'elle est du domaine exclusif de la loi territoriale. Cette loi ayant édicté, quant au régime hypothécaire et à sa publicité, un ensemble de dispositions basées sur des principes qui lui sont propres, il n'est pas permis de compléter — plus exactement de modifier — l'organisation de la publicité des hypothèques en Tunisie par des règles empruntées au droit français, dont les principes sont tout autres ⁽¹⁾. Il suffirait donc que le législateur tunisien n'eût rien dit sur ce sujet pour que les inscriptions ne pussent être annulées. Dans l'espèce, il y a plus : le législateur avait d'abord décidé que les inscriptions d'hypothèques prises pendant la période suspecte seraient nulles; il est revenu, en 1892, sur sa décision. Rien n'autorise l'interprète à supposer qu'en abrogeant l'art. 235 il ait voulu rendre applicable l'art. 448 C. com. et qu'il ait pu croire superflu de le dire quand, au contraire, il eut été si nécessaire d'exprimer une telle intention. En effet, on ne saurait considérer que l'art. 448 C. com. est en harmonie avec l'économie générale du système tunisien. Si ce texte était applicable, le cours des inscriptions serait arrêté par le jugement déclaratif de faillite sans que ce jugement ait été mentionné sur le titre de propriété. Or, toutes les législations du groupe des livres fonciers tendent à exiger la publication sur les registres de tous les événements susceptibles d'intéresser la propriété immobilière et la généralité des termes de l'art. 343 de la loi foncière, l'insistance du rapport Cambon au sujet du principe de publicité prouvent que telle fut la préoccupation dominante de notre législation. La faillite peut être inscrite sur le titre de propriété; elle doit donc l'être et il appartient au syndic de requérir cette inscription. Tant que la masse des créanciers n'a pas fait inscrire le dessaisissement qui frappe le propriétaire de l'immeuble, les tiers ne doivent pas être privés du

(1) C'est une idée que je me suis plusieurs fois efforcé de faire ressortir, *supra*, n°s 140, 306. Je note dans le même sens un passage de la remarquable étude publiée dans le recueil Sirey, (10, 2, 289). « Les dispositions du code civil, relatives aux matières qui ont été réglementées par la loi foncière, ne peuvent pas être applicables en Tunisie... Le code de commerce n'est applicable qu'en matière personnelle, non en matière immobilière ».

droit de donner la publicité légale à des conventions antérieures qui sont en elles-mêmes régulières et valables ⁽¹⁾.

340. — EFFETS DE L'ACCEPTATION SOUS BÉNÉFICE D'INVENTAIRE. — L'art. 236 de la loi de 1885, reproduisait le § 2 de l'art. 2146 C. civ., d'après lequel sont nulles les inscriptions d'hypothèques requises depuis l'ouverture de la succession du débiteur, si la succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Le texte de 1885 faisait réfléchir cette nullité contre les tiers. Il a été abrogé en même temps que l'art. 235. Personne, à ma connaissance, n'a soutenu que cette abrogation concernait seulement les tiers et que l'art. 2146 était applicable de plein droit en vertu de l'art. 2 de la loi foncière. Si cette idée était émise, il faudrait la repousser pour le motif que le code civil n'est pas applicable dans les matières que la loi foncière a, elle-même, réglementées et qu'il en est particulièrement ainsi des dispositions du titre XVIII de ce code relatif aux privilèges et hypothèques.

§ 2. — Radiation des inscriptions d'hypothèques

341. — RÈGLES DES RADIATIONS. — La loi foncière n'a consacré aucune disposition spéciale à la matière des radiations d'hypothèques. Il est parlé de la radiation dans l'art. 353 et c'est seulement pour dire que le conservateur ne peut « refuser ni retarder une inscription, une radiation, réduction ou rectification d'inscription régulièrement demandée ». On peut déduire de ce texte, sur lequel, au surplus, nous reviendrons, que les radiations d'hypothèques doivent être soumises au même régime que les radiations de toutes autres inscriptions et que les inscriptions elles-mêmes. Comme le dit avec raison la note publiée dans le recueil Sirey en 1910, et pour des motifs déjà plusieurs fois rappelés, l'art. 2157 C. civ. et les suivants n'ayant pas été reproduits dans la loi foncière ne sont pas applicables aux immeubles immatriculés. Il faut donc suppléer au silence de la loi et faire découler des principes généraux du droit les règles qui permettront de décider si la radiation est, suivant les termes de l'art. 353, « régulièrement demandée ». Le raisonnement conduit d'ailleurs à des solutions qui diffèrent peu des règles suivies en France.

(1) Dans un jugement rendu depuis l'arrêt de cassation de 1926, le Tribunal de Tunis a paru admettre, en principe, l'applicabilité de l'art. 448 C. com. mais sans donner aucun argument (28 décembre 1928, *J. T.*, 29, 103).

Il va de soi que la radiation doit être consentie par le créancier ou, en cas de contestation, ordonnée par le tribunal. La radiation volontaire résulte de la mainlevée du créancier, pour laquelle la loi tunisienne n'exige pas l'authenticité (*supra*, n° 278). La mainlevée en suite de paiement de la créance est un acte d'administration qui peut être accompli par tout créancier capable de recevoir un capital mobilier et d'en donner quittance. Si, au contraire, la mainlevée est consentie sans paiement, elle est un acte de disposition, celui qui la donne doit avoir la capacité nécessaire pour disposer d'un droit réel immobilier. Ces règles, consacrées par la jurisprudence française, ne sont pas plus exprimées dans le code civil que dans la loi foncière, mais elles s'imposent. Bien entendu, la capacité ainsi déterminée doit être appréciée d'après la loi nationale de celui qui consent la mainlevée. La radiation peut être ordonnée par justice, soit lorsque l'inscription subsiste à tort parce que la créance est éteinte ou que le titre constitutif de l'hypothèque a été annulé ou anéanti, soit lorsque l'hypothèque est elle-même éteinte pour une cause qui lui est propre, soit lorsque l'inscription est nulle. La radiation résulte alors d'un jugement du tribunal rendu suivant les règles de compétence et de procédure habituelles; elle peut également avoir lieu sur ordonnance du juge aux ordres en suite de validation de consignation (art. 777 C. pr. civ.), d'ordre amiable (art. 751) ou d'ordre judiciaire (art. 759, 769, 771), car l'art. 299 de la loi foncière renvoie au code de procédure pour la distribution du prix des immeubles adjugés.

Mais voici qui souffre plus de difficultés : aux termes de l'art. 2157, C. civ., la radiation ne peut être effectuée que si le jugement qui l'ordonne est passé en force de chose jugée. Ceci est une dérogation au droit commun : d'ordinaire, les délais d'opposition au d'appel ne sont pas suspensifs; l'art. 2157 déroge à la règle parce que la radiation pourrait causer au créancier un préjudice irréparable. Puisque l'article 2157 n'est pas applicable aux immeubles immatriculés, force est de constater une lacune importante de la loi foncière. On ne peut cependant songer à radier des hypothèques en vertu de jugements qui ne seraient pas devenus définitifs, car nous allons voir que la radiation est, plus encore qu'en France, une mesure irréparable; il est tout à fait nécessaire, pour des raisons supérieures d'équité, d'admettre, par voie d'analogie, la règle de l'art. 2157 ⁽¹⁾.

(1) Le législateur marocain a eu soin d'édicter une disposition formelle (art. 91).

342. — ANNULATION D'UNE RADIATION. — Il peut arriver que la radiation soit annulée sans que la responsabilité du conservateur soit en cause; la radiation a, par exemple, eu lieu sur production d'un acte de mainlevée plus tard reconnu faux ou vicié par le dol, l'erreur ou la violence, ou encore au vu d'un jugement définitif plus tard anéanti par l'exercice du pourvoi en cassation ou de la requête civile. La jurisprudence française admet que le rétablissement de l'inscription indûment radiée n'est pas opposable aux tiers de bonne foi qui ont traité avec le débiteur depuis la radiation ⁽¹⁾, mais que, par contre, l'inscription nouvelle rétroagit à la date de l'inscription primitive à l'égard des créanciers inscrits postérieurement à cette inscription, mais avant la radiation (Cass., 9 déc. 1846, D. 47, 1, 298; Cass. 26 juin 1895, D. 96, 1, 548; Montpellier, 30 mai 1904, *J. C.*, 05, 99).

Cette distinction paraît devoir être écartée dans le système tunisien. L'art. 15 de la loi foncière dispose, en effet, que tout droit réel n'existe à l'égard des tiers que par le fait de son inscription, il cesse donc d'exister si l'inscription vient à être radiée, même à tort. L'art. 16 dit que l'annulation d'une inscription ne peut « en aucun cas » être opposé aux tiers de bonne foi; or, ce qui est vrai de l'annulation d'une inscription est également vrai de l'annulation d'une radiation, le législateur a entendu traiter de la même manière les deux opérations, la radiation n'étant elle-même que l'inscription d'une mainlevée. Il résulte des art. 238 et 259 que l'hypothèque n'existe à l'égard des tiers que par l'inscription et qu'elle n'a rang entre les créanciers que du jour de l'inscription : elle disparaît donc, à l'égard des tiers, avec l'inscription qui, seule, lui donne effet; l'inscription nouvelle ne saurait rétroagir; il n'y a pas dans la loi foncière un seul cas où une inscription soit douée de l'effet rétroactif. Donc, à mon avis, la solution qu'imposent les textes est de ne donner à l'inscription rétablie d'effet qu'à sa date à l'égard de tous les tiers de bonne foi, qu'ils se soient eux-mêmes inscrits avant ou après la radiation erronée. Mais je n'entends pas dire que ce système soit le plus équitable, ni celui qui donne au crédit hypothécaire le plus de sécurité. Le critérium établi par la jurisprudence a sa raison d'être et nous le voyons conservé avec le correctif nécessaire, dans l'art. 71 de l'avant-projet de réforme hypothécaire élaboré par la commission du cadastre « Elle

(1) La Cour de cassation belge a jugé au contraire que l'inscription doit être rétablie à son rang à l'égard de tous (20 avril 1893, *S.*, 93, 4, 29).

(l'inscription rétablie) a la même force que l'inscription primitive à l'encontre des ayants droit inscrits avant la radiation, à moins qu'il n'en doive résulter un préjudice par suite de faits accomplis ou acceptés par eux de bonne foi en conséquence de cette radiation ».

CHAPITRE VII

EFFETS DES HYPOTHÈQUES

§ 1. — Effets à l'égard du débiteur

343. — ADMINISTRATION ET JOUISSANCE DE L'IMMEUBLE. — Le débiteur conserve l'administration et la jouissance des biens hypothéqués. Il a le droit d'en percevoir les fruits et revenus. Ceux-ci ne sont immobilisés qu'à partir de l'inscription du procès-verbal de saisie conformément à l'art. 682, C. pr. civ.

344. — BAUX. PERCEPTION OU CESSION DE LOYERS NON ÉCHUS. — Ayant l'administration et la jouissance de l'immeuble, il peut, en principe, consentir des baux, recevoir ou céder des loyers ou fermages non échus. Mais ses droits, à cet égard, ont été limités dans l'intérêt des créanciers, comme ils l'ont été en France et en Belgique, mais beaucoup plus étroitement ⁽¹⁾. Il résulte, en effet, de l'art. 343 que les baux de plus d'un an, les quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus pour plus d'une année sont soumis à la publicité. Les baux d'un an au maximum, les quittances ou cessions d'une année de loyers au maximum sont donc seuls opposables aux créanciers hypothécaires inscrits. M. Scemama s'est demandé (*op. cit.*, p. 244) quel sort réserver aux baux qui ont été passés après la constitution de l'hypothèque et régulièrement inscrits après celle-ci. Il a cru voir dans le silence de la loi une lacune et a conclu que le bail, s'il a acquis date certaine avant le commandement à fin de saisie, devait être respecté, sauf au créancier à exercer, en cas de fraude, l'action paulienne. Cette doctrine ne paraît pas exacte. Pour toutes les conventions que la loi soumet à la publicité, les droits respectifs des bénéficiaires sont toujours réglés par l'ordre des inscriptions. Le bail ne saurait être opposable au créancier antérieurement inscrit. C'est une conséquence directe du principe général posé dans l'art. 15 et il n'était pas absolu-

(1) Trop étroitement en ce qui concerne les baux. La loi foncière a limité à une trop courte durée l'efficacité des baux non inscrits ou inscrits sur des immeubles hypothéqués. *Infra*, n° 445.

ment indispensable que la loi tunisienne l'énonçât par une disposition analogue à celles contenues dans la loi française du 23 mars 1855 (art. 3, al. 2) et dans la loi belge (art. 1^{er}, al. 3).

345. SAISIE IMMOBILIÈRE. — La réalisation du gage est poursuivie d'après les règles du droit français. La loi tunisienne reproduit, dans son titre xu, les art. 2204 à 2209 et 2212 à 2217 du code civil sur l'expropriation forcée, avec cette seule différence qu'elle énumère comme droits réels immobiliers susceptibles de saisie immobilière : la propriété, l'*enzel* ⁽¹⁾, l'usufruit, l'emphytéose et la superficie.

Le créancier hypothécaire ne peut saisir les biens qui ne lui sont pas hypothéqués, si ce n'est en cas d'insuffisance des biens hypothéqués (art. 292). Aux lieu et place des art. 2210 et 2211 C. civ., l'art. 293 de la loi foncière contient la disposition suivante : « Il ne pourra être procédé simultanément à la vente de divers immeubles appartenant au débiteur qu'après autorisation sur requête délivrée par le président du tribunal ». Ce texte est sans doute inspiré de la loi belge du 15 août 1854 (art. 7). Mais dans la loi belge il s'agit de la saisie simultanée de biens situés dans des arrondissements différents. Ici c'est une disposition absolument générale qui, si elle était observée dans la pratique, constituerait une restriction des droits que les créanciers tiennent de l'indivisibilité de leurs hypothèques. Les auteurs de la loi n'y ont vraisemblablement pas réfléchi.

346. — TITRE EN VERTU DUQUEL PEUT ÊTRE POURSUIVIE LA VENTE. — En droit français, le créancier qui bénéficie d'une hypothèque conventionnelle ou judiciaire est muni d'un titre exécutoire : obligation notariée ou jugement. En Tunisie, l'admission de la forme sous signatures privées pour la constitution de l'hypothèque a posé une question spéciale : celle de savoir si le créancier hypothécaire non payé devrait obtenir un jugement de condamnation contre son débiteur pour pouvoir poursuivre la réalisation de son gage. L'art. 295 de la loi foncière, tel qu'il avait été édicté en 1885, reproduisait l'art. 2213 C. civ. Il avait été remanié d'une manière peu heureuse en 1886, puis rétabli en 1888. La deuxième sous-commission de 1892 examina de nouveau ce texte. Son rapport nous apprend qu'elle considéra la question comme « d'une haute gravité » et qu'il lui parut indispensable « que le créancier puisse exécuter son débiteur sans subir les lenteurs et avances de frais que nécessite l'obtention d'un juge-

(1) Sur la rente de l'*enzel*. *Supra*, n° 195.

ment ». La sous-commission conclut en demandant qu'un décret du président de la République ou un arrêté du Résident général donnât au conservateur le pouvoir de « disposer, comme les notaires, en France, de la formule exécutoire ». Toutefois, cette proposition ne prévalut pas; le texte qui sortit des délibérations de la commission et qui fut sanctionné par S. A. le Bey est ainsi conçu « La vente forcée des immeubles ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un titre inscrit ou exécutoire ». Il en résultait que le créancier muni d'une hypothèque inscrite pouvait, sans titre revêtu de la formule exécutoire, pratiquer la saisie immobilière.

La disposition nouvelle de l'art. 295 resta cependant inappliquée pendant longtemps ⁽¹⁾. C'est seulement le 30 juin 1909 que le Tribunal de Tunis déclara régulière une saisie par un créancier hypothécaire inscrit qui n'avait pas de titre exécutoire (*R. A.*, 11, 2, 137 et note critique de M. E. H. Labbe). Ce jugement marque le début d'une ardente controverse. Il fut confirmé par la Cour d'Alger, le 23 février 1911, mais au même moment le tribunal de Tunis revenait sur sa jurisprudence, en invoquant l'art. 545, C. pr. civ., et en soutenant que le législateur de 1885 n'avait pas entendu y déroger (Tunis, 1^{er} mars 1911 et note de M. E. H. Labbe, *R. A.*, 11, 2, 293). La Cour d'Alger persista dans la jurisprudence qu'elle avait adoptée en confirmant le jugement de 1909 (10 décembre 1914, *J. T.*, 15, 61) et le tribunal de Tunis se conforma finalement à la manière de voir de la Cour d'appel (15 mars 1916, *J. T.*, 16, 121). La Cour de cassation a depuis sanctionné la même interprétation (1^{er} juillet 1920, *R. A.*, 21, 2, 149). On peut considérer aujourd'hui que la jurisprudence est fixée définitivement (Tunis, 6 mai 1931, *J. T.*, 32, 19).

Bien que l'opinion contraire ait été défendue avec beaucoup de verve par M. E. H. Labbe, la solution qui a prévalu est la seule qui soit conforme au texte. C'est aussi la meilleure au point de vue pratique. Si l'on tient absolument à ce qu'on ne puisse « exécuter sans titre exécutoire ⁽²⁾ », il faut instituer en Tunisie des officiers publics qui disposent de la formule exécutoire, c'est-à-dire des notaires français; mais il ne peut pas être question, sous peine de détruire le crédit, d'obliger le créancier hypothécaire non payé à introduire devant le tribunal à chaque échéance d'intérêts une demande en paiement : il faut que les opérations hypothécaires offrent, comme en France,

(1) Elle était appliquée à Madagascar (Tananarive, 1^{er} août 1906, *J. C.*, 07, 27).

(2) La force exécutoire vient de la loi, non de la formule qui en est l'expression habituelle, mais nullement indispensable.

aux créanciers le bénéfice de l'exécution parée. Tous les praticiens sont d'accord sur ce point. L'intérêt des débiteurs concorde avec celui des créanciers, parce que le jugement de condamnation est en général une pure formalité, mais fort coûteuse et dont en fin de compte les débiteurs paient les frais ⁽¹⁾ et aussi parce qu'ils seraient contraints de s'adresser aux usuriers une fois qu'on aurait détourné les capitalistes honnêtes des placements sur hypothèques.

Le titre inscrit n'a pas toutefois la même portée que le titre revêtu de la formule exécutoire. Il ne permet, aux termes mêmes de l'art. 293, que de poursuivre « la vente forcée des immeubles », il n'autorise donc pas le créancier à exercer d'autre voie d'exécution que la saisie immobilière. J'estime, en outre, que les immeubles dont la vente forcée peut être poursuivie sont ceux hypothéqués et que si le créancier veut saisir d'autres biens du débiteur, dans le cas où l'art. 293 l'y autorise, il doit obtenir au préalable un jugement de condamnation : en d'autres termes, son hypothèque ne lui permet que de réaliser le gage. C'est avec cette précision que l'art. 51 du décret du 4 février 1911 et l'art. 204 du *dahir* du 1^{er} juin 1915 ont appliqué à Madagascar et au Maroc le système tunisien.

§ 2. — Effets à l'égard des autres créanciers

347. — DROIT DE PRÉFÉRENCE. — Dans le système de la loi foncière, qui ne connaît, ni privilèges autres que ceux des frais de justice et du trésor, sur lesquels je me suis déjà expliqué, ni hypothèques dispensées d'inscription, ni hypothèques générales, qui fixe uniformément à la date de l'inscription le rang des hypothèques légales des incapables et de celles reconnues aux vendeurs et co-partageants, l'exercice du droit de préférence soulève le minimum de difficultés. Le rang des hypothèques constituées avant la demande d'immatriculation, c'est-à-dire sous l'empire du droit musulman, est déterminé par le jugement d'immatriculation (*supra*, n° 93) et indiqué par le conservateur dans les inscriptions. Le rang des hypothèques constituées au cours de la procédure d'immatriculation résulte de la date du dépôt au greffe du Tribunal mixte, si le jugement en ordonne l'inscription : cette date est alors énoncée sur le titre de propriété. Si ces hypothèques n'ont pas été dénoncées au greffe ou si le Tribunal mixte ne les a pas retenues pour cause d'irrégularité, c'est l'inscription ultérieurement

(1) Le débiteur indûment poursuivi a la ressource de faire opposition au commandement.

prise par le conservateur qui, seule, leur donne rang (*supra*, n° 105).

En ce qui concerne toutes les autres hypothèques, il suffit de rapprocher les dates de leurs inscriptions pour connaître l'ordre de préférence, sauf l'effet des cessions d'antériorité ou des admissions en concurrence résultant de conventions qui sont elles-mêmes soumises à la publicité.

J'ai indiqué, à propos de l'indivisibilité, (*supra*, n° 262) les difficultés que peuvent soulever les conflits entre les hypothèques grevant plusieurs immeubles et celles postérieures spéciales à chacun de ces immeubles. Il ne me reste qu'à rappeler des particularités déjà signalées : le privilège du crédi-rentier de l'*enzel* ne prend rang que du jour de son inscription, mais il prime les hypothèques inscrites à la même date (*supra*, n° 243); les hypothèques inscrites le même jour viennent au même rang (*supra*, n° 256).

348. — PROCÉDURE D'ORDRE. — L'art. 297 de la loi foncière renvoie au code de procédure civile pour les règles de la distribution du prix qui a lieu, suivant les cas, par voie d'ordre ou par voie de distribution par contribution. La grande simplicité du système rend très rares les contestations si nombreuses en France et permet presque toujours le règlement par ordre amiable.

349. — INDEMNITÉS PAYÉES A RAISON DE LA PERTE DE L'IMMEUBLE. — Il résulte du décret du 5 septembre 1905, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, que l'indemnité, qui est d'ailleurs assimilable à un prix de vente, est attribuée par préférence aux créanciers privilégiés et hypothécaires.

Mais la question se pose de savoir si le droit de préférence s'exerce également sur l'indemnité représentative de la valeur de l'immeuble qui peut être due, soit par des personnes responsables de la destruction du fonds causée par leur faute, soit par des personnes ayant pris par contrat le risque à leur charge, comme les sociétés d'assurances. Aujourd'hui, la situation est réglée, en Tunisie comme en France, pour deux cas spécialement importants, celui des indemnités d'assurances et celui des indemnités dues par les locataires en cas d'incendie. Un décret beylical du 16 mai 1931, a rendu applicable, en Tunisie, la loi française du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance ⁽¹⁾. L'art 37 de cette loi reproduisant les dispositions de la loi du

(1) Ce texte a comblé une importante lacune de la législation tunisienne, car la loi de 1889, à mon avis du moins, n'était pas applicable au protectorat.

19 février 1889, décide que « les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail ou les autres risques sont attribués, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang ». Toutefois, les créanciers doivent, en cas de sinistre, se faire connaître à l'assureur, la loi disposant que les paiements faits de bonne foi avant toute opposition sont valables. Il en est de même des indemnités dues par le locataire en cas d'incendie en vertu de l'art. 1733, C. civ. et par le voisin par application de l'art. 1382 et des indemnités d'assurance du recours qui peuvent être dues au locataire et au voisin.

Aucun texte ne statue en ce qui concerne les autres indemnités de responsabilité. Mais il semble que la jurisprudence devrait admettre que ces indemnités sont subrogées à la chose détruite et que l'effet des privilèges ou hypothèques est toujours reporté de l'immeuble sur la somme due. La faute que l'indemnité répare est, en effet, préjudiciable non seulement au propriétaire, mais à tous ceux qui avaient des droits sur l'immeuble. Les créanciers hypothécaires, victimes eux-mêmes de la faute commise, ont un droit qui leur est propre à la réparation du dommage ⁽¹⁾.

§ 3. — Effets à l'égard des tiers acquéreurs

350. — DROIT DE SUITE. — L'art. 261 de la loi foncière pose le principe du droit de suite dans les mêmes termes que l'art. 2166 C. civ., mais en visant seulement les hypothèques et non les privilèges. Toutefois, il résulte de l'art. 275 que les privilèges suivent l'immeuble à la condition qu'ils soient inscrits ⁽²⁾. Je renvoie, en ce qui concerne la séparation des patrimoines, aux observations présentées, *supra* nos 249, 250.

351. — OUVERTURE DU DROIT DE SUITE. — Il n'y a lieu à l'exercice du droit de suite qu'en cas d'aliénation de la propriété hypothéquée. Mais l'aliénation n'entraîne jamais l'application du droit de suite que si elle a été inscrite; tant qu'elle demeure occulte, l'immeuble reste, au regard du créancier, dans le patrimoine du débiteur et peut être saisi contre celui-ci.

(1) En particulier, le droit à l'indemnité du crédi-rentier de l'enzel dont la rente n'est pas une dette de l'enzeliste, mais une charge de l'immeuble, ne paraît pas discutable.

(2) *Supra* nos 240, 242.

La constitution d'une servitude ou celle d'un droit d'usage ou d'habitation ne donne pas ouverture au droit de suite dans sa forme ordinaire parce que la servitude et le droit d'usage et d'habitation ne peuvent pas être vendus aux enchères ⁽¹⁾. Mais les créanciers hypothécaires antérieurement inscrits peuvent faire vendre l'immeuble comme libre par l'insertion d'une clause au cahier des charges. Les tiers qui se sont fait concéder des servitudes hors l'intervention des créanciers voient donc leurs droits anéantis, ils peuvent alors demander à être colloqués par préférence aux créanciers postérieurs, pour la valeur de la charge qui existait à leur profit et dont l'extinction a donné une plus-value à la propriété.

Les aliénations de choses mobilières détachées de l'immeuble, tels que matériaux de démolition, immeubles par destination séparés du fonds, fruits et récoltes, coupes de bois, sont opposables aux créanciers hypothécaires. Ceux-ci conservent un droit de préférence sur le prix, mais ils ne peuvent exercer le droit de suite : ils ne disposent contre l'acquéreur que de l'action paulienne en cas de fraude.

352. — MODE D'EXERCICE. — La loi foncière reproduit les dispositions du code civil. L'action hypothécaire s'exerce de la même manière qu'en droit français. Le tiers détenteur, s'il ne paie pas, peut purger (art. 262), délaisser (art. 263) ou subir la saisie (art. 264). Il sera traité de la purge plus loin. La saisie est poursuivie suivant les règles du code de procédure civile.

Quant au délaissement, il a lieu de la même manière et produit les mêmes effets qu'en France. Le greffier du tribunal qui reçoit l'acte de délaissement doit le notifier au conservateur pour inscription sur le titre (art. 267). Le tiers détenteur ne peut délaisser que s'il a la capacité nécessaire pour aliéner et s'il n'est pas personnellement obligé soit comme co-débiteur, soit comme caution, soit parce qu'il a pris en charge les créances hypothécaires, soit parce qu'il a fait des offres à fin de purge.

353. — EXCEPTIONS OPPOSABLES AU CRÉANCIER POURSUIVANT. — Le tiers détenteur peut opposer, conformément aux principes généraux, l'exception de garantie, si le créancier est lui-même à un autre titre, garant de l'éviction. Mais il n'a pas — c'est la principale particularité de la matière — le bénéfice de discussion.

(1) En est-il ainsi de la mitoyenneté d'un mur dans le système adopté en Tunisie pour l'inscription des cessions de mitoyenneté ?

Le bénéfice de discussion, qui constitue une dérogation aux conséquences de l'indivisibilité de l'hypothèque, est admis en France pour obliger le créancier à se faire payer autant que possible par le débiteur lui-même, et éviter les complications et les frais d'un recours du tiers détenteur contre le principal obligé, mais il n'est opposable qu'aux créanciers à hypothèques générales. Il a été supprimé en Belgique comme conséquence de la suppression des hypothèques générales et écarté en Tunisie parce que la loi instituait seulement des hypothèques spéciales. Le créancier qui a hypothèque sur plusieurs immeubles peut donc exercer son action contre le tiers détenteur de l'un d'eux malgré que les autres biens soient encore entre les mains du débiteur ⁽¹⁾.

354. — CONSÉQUENCES DE L'ADJUDICATION SUR SAISIE. — Le jugement d'adjudication enlève la propriété de l'immeuble au tiers détenteur sans effet rétroactif : l'acquéreur ne subit pas la résolution de son titre. En conséquence, et bien que l'art. 270 n'ait pas reproduit, on ne sait pourquoi, le § 2 de l'art. 2177 C. civ., les hypothèques qu'il a constituées sont valables, le reliquat du prix, s'il y en a un, lui appartient.

Le même art. 270, dispose que « les droits réels immobiliers dont le tiers détenteur avait le bénéfice ou qu'il subissait avant sa possession sur un immeuble délaissé ou adjugé à la suite d'une purge d'hypothèque, renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui » et il ajoute que, si l'inscription a été radiée, une nouvelle inscription sera nécessaire « pour faire revivre le droit ». Au sujet de ce texte qui est le § 1, de l'art. 2177, C. civ., maladroitement modifié, il faut d'abord remarquer qu'il ne s'agit pas ici de l'adjudication en suite de purge, mais de l'adjudication en suite de saisie ⁽²⁾. Il en résulte que l'usufruit, la rente de l'*enzel* ou l'hypothèque qui grevait précédemment l'immeuble au profit du tiers détenteur subsiste; toutefois, le tiers détenteur ne fait ainsi que conserver des droits qu'il n'avait point perdus. L'art. 2177 C. civ. est surtout intéressant en ce qui concerne les servitudes actives ou passives qui avaient été éteintes par confusion; mais si on admet que, depuis l'abrogation de l'art. 211 de la loi foncière, les servitudes ne s'éteignent pas par

(1) Bien que le bénéfice de discussion soit critiqué par beaucoup d'auteurs et que le rapport de Vatimesnil à l'Assemblée législative de 1851 en ait demandé la suppression, j'estime qu'il aurait son utilité en Tunisie.

(2) Remarquer aussi que l'inscription n'est pas nécessaire pour faire « vivre » ou « revivre » un droit, mais pour lui faire produire effet à l'égard des tiers.

confusion, la disposition de l'art. 270 n'offre pas d'intérêt sauf en ce qui concerne l'inscription nouvelle des droits rayés.

Le tiers détenteur est responsable des détériorations survenues à l'immeuble par sa négligence ou son fait. Par contre, il a droit à une indemnité pour ses améliorations, à concurrence de la plus-value donnée à la propriété. Sur ces points, l'art. 268 reproduit exactement l'art. 2175 C. civ. Nous avons vu (n° 246) que la jurisprudence reconnaît au tiers détenteur sinon le droit de rétention, du moins le droit de prélever sur le prix d'adjudication l'indemnité qui lui est accordée. Les fruits et revenus de l'immeuble lui restent acquis jusqu'au jour de la sommation de payer ou de délaisser (art. 269). Enfin, le tiers détenteur a un recours en garantie contre le vendeur et une action en remboursement contre le débiteur principal; il bénéficie, pour les sommes qu'il a payées aux créanciers, de la subrogation légale.

355. — SURVIE DU DROIT DE PRÉFÉRENCE AU DROIT DE SUITE. — Il y a survie du droit de préférence au droit de suite lorsque l'hypothèque est réputée éteinte à l'égard du tiers acquéreur alors qu'elle produit encore ses effets à l'égard des autres créanciers.

Sous le régime tunisien, les cas de survie du droit de préférence sont très peu nombreux. Comme il n'y a pas d'hypothèques occultes, les principales applications de cette théorie qui ont lieu en droit français sont écartées.

Une autre application importante est l'hypothèse où une inscription aurait été omise dans l'état des hypothèques délivré par le conservateur après la transcription de la vente. En Tunisie, il n'est pas requis d'état. Les hypothèques figurent sur la copie du titre de propriété qui est aux mains de l'acquéreur. Pour trouver une situation analogue, il faudrait supposer qu'une hypothèque forcée ait été inscrite sur le registre et n'ait pas été reportée sur la copie du titre au moment de l'inscription de l'aliénation. Il reste un cas certain, celui d'expropriation pour cause d'utilité publique : les créanciers sont, eux-mêmes, expropriés de leur droit d'hypothèque, il ne peut donc être question pour eux d'exercer le droit de suite, mais ils peuvent se faire payer par préférence sur l'indemnité.

CHAPITRE VIII

EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES ET PURGE

SECTION I

EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES

356. — **MODES D'EXTINCTION.** — Aux termes de l'art. 273, les hypothèques s'éteignent :

- 1° Par l'extinction de l'obligation principale;
- 2° Par la renonciation du créancier;
- 3° Par l'accomplissement des formalités de la purge.

357. — **EXTINCTION DE L'OBLIGATION PRINCIPALE.** — L'hypothèque, droit accessoire, disparaît avec la créance qu'elle garantit. Tous les modes d'extinction de l'obligation sont des modes d'extinction de l'hypothèque. Il faut à ce sujet se reporter à l'art. 1234 C. civ.

Le paiement de la créance est la cause normale de l'extinction de l'hypothèque. Il n'a, toutefois, cet effet que s'il est total et que s'il a eu lieu sans subrogation au profit d'un tiers qui aurait effectué le paiement.

La novation de la créance éteint l'hypothèque si les parties n'ont pas manifesté, d'une manière expresse, leur intention de réserver celle-ci (art. 1278 C. civ.).

Le législateur de 1892 a abrogé le § 4 de l'art. 273, qui énonçait la prescription comme mode d'extinction de l'hypothèque. Mais il n'a entendu supprimer ainsi que la prescription acquisitive qui, sous le régime du code civil, peut être accomplie par le tiers détenteur, à l'encontre du créancier hypothécaire. L'usucapion seule a été abolie en 1892 (*supra*, n° 175). La prescription extinctive de la créance fait disparaître, par voie de conséquence, l'hypothèque.

358. — **RENONCIATION DU CRÉANCIER.** — Le créancier peut renoncer à l'hypothèque s'il a la capacité nécessaire (ci-dessus, n° 341). La

renonciation peut même être facile : elle résulte, par exemple, de la participation d'un créancier hypothécaire au vote d'un concordat (art. 508, C. com.).

359. — AUTRES CAUSES D'EXTINCTION. — Il existe des causes d'extinction que l'art. 2180 C. civ. et l'art. 273 de la loi foncière n'ont pas énumérées : la destruction de l'immeuble, l'extinction du droit hypothéqué, si ce droit est un usufruit ou une emphytéose, la résolution du droit du constituant ⁽¹⁾, l'annulation de l'acte constitutif de l'hypothèque.

SECTION II

PURGE DES HYPOTHÈQUES

§ 1. — Rôle de la purge. Conditions

360. — UTILITÉ DE LA PURGE. — La loi foncière a conservé la purge des hypothèques du code civil ⁽²⁾ en empruntant certaines réformes à la loi belge de 1851. Bien que les autres législations coloniales françaises aient écarté la purge ⁽³⁾, je suis absolument d'avis que cette institution du droit français trouve sa justification et sa raison d'être sous le régime du livre foncier. A défaut de la purge, la saisie serait la seule issue possible toutes les fois que l'immeuble a été hypothéqué au-delà de sa valeur. Mettre le débiteur dans l'impossibilité de liquider lui-même sa situation, l'acquéreur dans l'alternative de payer des créances que ne couvre pas la valeur de la propriété ou de subir l'expropriation, c'est entraver la liberté des transactions sans donner au crédit une sécurité plus grande.

A la purge du code civil, on peut, cependant, adresser deux critiques : 1° elle oblige l'acquéreur à offrir et le créancier à accepter le

(1) *Infra*, nos 455, 456.

(2) Il va de soi qu'il s'agit de la purge des hypothèques inscrites. Il n'y a jamais lieu à la procédure spéciale de purge des hypothèques légales puisque celles-ci sont soumises à l'inscription.

(3) La purge des hypothèques ne résulte que de l'expropriation pour cause d'utilité publique ou de l'adjudication sur saisie. Madagascar, art. 49. Afrique Occidentale, art. 45. Indo-Chine, art. 167. Au contraire, la législation de l'Alsace-Lorraine a admis la purge.

remboursement des dettes non échues, ce qui peut être préjudiciable à l'un ou à l'autre ou à tous les deux; 2° elle contraint le créancier à se porter lui-même surenchérisseur. La loi tunisienne, copiant la loi belge, a remédié à ces deux inconvénients en décidant, d'une part, que, sauf convention contraire, l'acquéreur jouira des termes et délais accordés au débiteur originaire et observera ceux stipulés contre ce dernier, et d'autre part, que le créancier pourra présenter un surenchérisseur.

361. BIENS SUSCEPTIBLES DE PURGE. — Sont seuls susceptibles de purge les biens qui peuvent être vendus aux enchères, comme la propriété, la nue propriété et l'usufruit.

362. — ACQUÉREURS AYANT LE DROIT DE PURGER. — L'application des principes généraux conduit à refuser le bénéfice de la purge à tout acquéreur tenu personnellement de la dette ou garant de l'hypothèque. Sont donc exclus les co-débiteurs, les cautions personnelles, les cautions réelles, les co-héritiers même s'ils ont payé leur part de la dette.

§ 2. — Délais et procédure

363. -- DÉLAIS DE LA PURGE. -- Comme dans le Code civil, l'acquéreur est tenu d'engager la procédure de purge dans le mois qui suit la sommation de payer ou de délaisser. Mais la loi foncière a, d'autre part, imparti, à l'exemple de la loi belge, un délai d'un an à partir de l'inscription de l'acte translatif de propriété. Le motif de cette disposition est que l'on n'a pas voulu laisser l'acquéreur libre de choisir, pour faire ses offres, le moment qui lui serait le plus favorable, celui, par exemple, d'une baisse sur les immeubles ⁽¹⁾. Ce délai lie l'acquéreur, mais ne lui profite pas, bien que se trouvant encore dans le délai d'un an, l'acquéreur serait forclos s'il laissait passer le mois qui suit la sommation de payer ou délaisser.

364. -- PROCÉDURE DE LA PURGE. -- L'inscription de l'acte translatif de propriété est toujours requise, dans le système tunisien, pour rendre la mutation opposable aux tiers. C'est donc après l'inscription que l'acquéreur doit notifier ses offres aux créanciers. Cependant, il

(1) LÉPINOIS, *op. cit.*, t. VI, n° 2494.

y a, dans la loi foncière, un cas que j'ai déjà signalé où l'ordre des opérations est renversé : si des commandements s'opposent à l'inscription de l'acte translatif, le nouveau propriétaire doit d'abord notifier les offres, puis faire inscrire (art. 277, 2^e alinéa, ajouté en 1923, *supra*, n^o 333). Les notifications sont faites par exploit d'huissier, au domicile élu. Elles doivent être adressées à tous les créanciers privilégiés ou hypothécaires inscrits du chef des précédents propriétaires et, en outre, aux créanciers chirographaires qui ont fait inscrire des commandements. Elles comportent : 1^o un extrait de l'acte translatif « contenant, dit l'art. 276, sa date, sa qualité et la désignation des parties ⁽¹⁾ » ; 2^o l'indication du prix de l'acquisition, des charges et leur évaluation, de la rente si le prix consiste en une rente, l'évaluation de l'immeuble s'il a été transmis à titre gratuit ; 3^o la copie d'un certificat du conservateur faisant connaître les charges. Il y a lieu à ventilation si le titre translatif comprend à la fois des immeubles et des meubles ou plusieurs immeubles grevés de charges distinctes (art. 286 reproduisant l'art. 2192 C. civ.). Enfin, le nouveau propriétaire doit offrir d'acquitter les dettes jusqu'à concurrence du prix ou de la valeur déclarée.

365. -- DETTES NON ÉCHUES. — Comme je l'ai indiqué, il n'est pas tenu d'offrir le remboursement immédiat des dettes non échues et, réciproquement, si le terme a été stipulé au profit du créancier, il ne peut contraindre celui-ci à recevoir le paiement, le tout « sauf disposition contraire dans les titres des créances ». Toutefois, si l'offre n'est pas suffisante pour désintéresser entièrement un des créanciers, la créance devient immédiatement exigible pour la partie qui vient en ordre utile à l'égard de l'acquéreur et pour le tout à l'égard du débiteur.

366. — CARACTÈRES DE L'OFFRE. — L'offre doit être pure et simple : l'acquéreur ne saurait se prévaloir à l'égard des créanciers des termes et délais qu'il a pu lui-même stipuler du vendeur pour le paiement du prix. D'autre part, l'offre est définitive : les créanciers ayant un délai de 40 jours pour l'accepter, on doit admettre que l'acquéreur ne peut pas la rétracter (Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 548, note 34 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n^{os} 2427 et suiv.).

(1) Ajouter : et la désignation des immeubles par le nom et le numéro du titre de propriété.

367. — OPTION DES CRÉANCIERS. — Dans le délai de 40 jours, les créanciers hypothécaires, ou qui ont fait inscrire un commandement, ont à opter entre deux partis : accepter la somme offerte ou demander la mise aux enchères en formant ou faisant former une surenchère.

368. — ACTION RÉSOLUTOIRE. — Sous le régime du Code civil, le droit de résolution survit à la purge : le créancier qui accepte l'offre ne perd pas l'action résolutoire qu'il peut tenir de son contrat, s'il est un précédent vendeur. Au contraire, aux termes de l'art 279 — dont la disposition a été empruntée à la loi belge — le créancier inscrit, qui dispose à la fois d'une hypothèque et de l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, doit opter entre ces deux droits. S'il choisit la résolution du contrat, il doit en faire la déclaration, dans le délai de 40 jours, au greffier du tribunal qui en avise le conservateur et former sa demande dans les 10 jours qui suivent. La procédure de purge est alors suspendue et ne peut être reprise qu'après désistement ou rejet de la demande. Faute de déclaration au greffe, suivie d'assignation, dans les délais légaux, le créancier est déchu du droit de demander la résolution ou la révocation et ne conserve que son hypothèque.

369. — ACCEPTATION DES OFFRES. — L'acceptation des offres par les créanciers peut être expresse, mais elle est généralement tacite et résulte de l'expiration du délai de 40 jours, sans que la mise aux enchères ait été requise. La procédure de la purge est alors terminée. Il ne reste pour éteindre les hypothèques qu'à distribuer et payer la somme offerte ou à la consigner. Les hypothèques, qui ne viennent pas en rang utile, sont rayées sur la mainlevée donnée à l'amiable par les créanciers ou sur l'ordonnance du juge. De même les commandements, si les créances privilégiées et hypothécaires absorbent le prix. Si, au contraire, il existe un excédent, il est distribué entre tous les créanciers chirographaires par la voie de la distribution par contribution, sans que les créanciers ayant fait inscrire des commandements aient à faire valoir un droit de préférence quelconque.

§ 3. — Surenchère

370. — RÉQUISITION DE MISE AUX ENCHÈRES. — Si un créancier estime insuffisante l'offre du nouveau propriétaire, il a le droit de

requérir, dans le délai de 40 jours ⁽¹⁾, la mise aux enchères. Il doit, dans ce cas, s'engager à prendre l'immeuble pour une somme supérieure d'un dixième à celle offerte dans le cas où aucune nouvelle enchère ne serait formée le jour de l'adjudication ⁽²⁾. Toutefois, pour faciliter au créancier l'exercice de son droit, la loi tunisienne, à l'exemple de la loi belge, n'exige pas qu'il surenchérisse personnellement, il a la faculté de présenter une tierce personne.

371. — FORMALITÉS DE LA SURENCHÈRE. — La surenchère est signifiée à l'acquéreur surenchéri, au précédent propriétaire et au débiteur principal. Les exploits doivent être signés par le créancier requérant et, s'il y a lieu, par le tiers surenchérisseur. Ils doivent contenir l'offre de donner caution, la copie de l'acte de soumission de la caution et assignation devant le tribunal. La solvabilité de la personne garante s'apprécie conformément aux art. 2018 et 2019, C. civ.

La caution peut être remplacée par une hypothèque sur les biens du surenchérisseur ou d'un tiers : cela résulte des mots « caution personnelle ou hypothécaire » qu'emploie l'art. 280. A mon avis, on peut aussi la remplacer par un nantissement comme le prévoit l'art. 2041 C. civ. L'obligation de donner caution est une des causes de la rareté des surenchères : le législateur eut été bien inspiré en reproduisant la disposition de la loi belge qui permet au surenchérisseur d'y suppléer en consignait 25 % du prix et des charges ⁽³⁾.

Toutes ces formalités sont prescrites, dit l'art. 280, à peine de nullité ⁽⁴⁾.

La revente sur surenchère est ensuite poursuivie conformément aux art. 832 et suiv. C. pr. civ. Le surenchérisseur ne peut pas se désister, si ce n'est du consentement de tous les créanciers dont les hypothèques ou les commandements sont inscrits ou, ajoute l'art. 284, si ces derniers, sommés de poursuivre l'adjudication, n'y donnent pas suite dans la quinzaine.

(1) Augmenté de deux jours par cinq myriamètres de distance, dit l'art. 280. Il est à remarquer que l'art. 1.033 c. pr. civ. a réduit à un jour par cinq myriamètres les délais de distance. Voir décret du 24 juin 1900, sur les ajournements devant les tribunaux d'Algérie.

(2) La loi belge exige seulement une surenchère d'un vingtième (art. 115). C'était également le taux prévu par la loi du 11 brumaire an VII.

(3) La commission du cadastre est même allée plus loin et proposant de laisser au tribunal la latitude d'apprécier s'il y a lieu d'exiger une caution.

(4) En Tunisie, les nullités de procédure sont facultatives pour le juge. Sur la portée de cette règle, v. LARCHER, *op. cit.*, n° 431.

372. — EFFETS DE L'ADJUDICATION SUR SURENCHÈRE. — Deux cas sont à envisager selon que l'acquéreur surenchéri reste adjudicataire ou que l'adjudication est tranchée au profit d'une autre personne.

Dans le premier cas, les droits de l'acquéreur sont confirmés; l'adjudication n'a pas d'effet translatif. Toutefois, la loi foncière ne dispense pas, comme le Code civil, l'acquéreur de faire inscrire l'adjudication. Le jugement doit être mentionné en marge de l'inscription de l'acquisition primitive par application de l'art. 343. L'acquéreur a un recours en garantie contre le vendeur pour l'excédent du prix (art. 285). Si le prix a été porté à une somme supérieure au montant des charges hypothécaires, l'excédent revient, en principe, à l'acquéreur lui-même (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 2502). Cependant, il résulte de la loi foncière, modifiée en 1923, que, si des créanciers chirographaires ont fait inscrire des commandements, ils ont droit à cet excédent et, comme ils n'ont pas de droit de préférence, tous les autres créanciers chirographaires y ont également droit. L'acquéreur surenchéri, qui s'est rendu adjudicataire, ne peut donc, dans ce cas, retenir sur le prix que ce qui reste, tous les créanciers payés.

Si l'adjudication est prononcée au profit du surenchérisseur ou d'un tiers, le jugement est translatif de propriété. Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, l'adjudication résout le titre de l'acquéreur qui est censé n'avoir jamais été propriétaire. Cette jurisprudence se fonde principalement sur l'art. 2188 C. civ. que la loi foncière reproduit dans l'art. 283. Il en résulte plusieurs conséquences importantes, notamment que l'excédent du prix sur le montant des hypothèques est attribué au vendeur et à ses créanciers chirographaires et que les hypothèques nées du chef de l'acquéreur surenchéri disparaissent. Une partie de la doctrine soutient, au contraire, que l'adjudication n'a aucun effet résolutoire. L'acquéreur subit une éviction analogue à celle qu'il subirait dans le cas de délaissement ou de vente sur saisie (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n°s 2503 et suiv.). Cette théorie, qui est plus conforme aux tendances de la loi foncière, mériterait d'être consacrée législativement. L'adjudicataire est tenu de restituer à l'acquéreur dépossédé les frais de son contrat (art. 283). Dans l'hypothèse de la ventilation, l'acquéreur, dépossédé pour partie seulement, a un recours en garantie contre le vendeur pour l'indemnité du dommage résultant de la division des biens qu'il avait acquis (art. 286, *in fine*).

Enfin, comme le tiers détenteur exproprié, l'acquéreur surenchérit a un recours, soit contre les créanciers hypothécaires, soit contre l'adjudicataire, pour être indemnisé de ses impenses à concurrence de la plus-value.

§ 4. — Aliénations valant purge

373. — CAS OÙ LA PURGE N'EST PAS NÉCESSAIRE. — Il est des cas où le mode d'aliénation vaut purge. La loi considère comme inutile l'emploi de la procédure de purge, parce que l'immeuble a déjà été soumis aux enchères dans des conditions telles qu'on ne peut espérer un prix plus élevé. On dit alors que la vente purge les hypothèques. Cela se produit : 1° dans le cas d'adjudication sur saisie; 2° dans le cas d'adjudication après faillite (la vente aux enchères des biens de mineurs laisse subsister le droit de surenchère des créanciers, mais il en est autrement, d'après la jurisprudence, de la vente après faillite bien qu'elle ait lieu dans la même forme); 3° enfin, toutes les fois qu'il y a eu déjà une adjudication sur surenchère, ce qu'on exprime par la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut ».

CHAPITRE IX

MOBILISATION DU CRÉDIT HYPOTHÉCAIRE

§ 1. — Situation actuelle

374. — POINT DE VUE DES AUTEURS DE LA LOI TUNISIENNE. — Une des idées qui ont été le plus couramment mises en avant par les partisans de la réforme immobilière en France, c'est que le système des livres fonciers permet d'instituer des modes simplifiés de circulation des créances hypothécaires et, par là, d'assurer aux propriétaires fonciers les mêmes facilités de crédit que procure aux grandes entreprises industrielles et commerciales l'émission d'obligations négociables. Le droit allemand, en particulier, vise à atteindre ce but par l'institution des lettres hypothécaires et de la dette foncière.

La loi tunisienne n'a pas cru devoir entrer dans la voie tracée par les législations germaniques : elle n'a pas créé de bons hypothécaires et n'a pas pris de dispositions spéciales en vue de réaliser ce qu'on a appelé la mobilisation du crédit hypothécaire. Mais, à lire les rapports Pontois et Cambon, il semble que le législateur s'était flatté d'obtenir, par la simple combinaison du système de la publicité réelle et des principes du Code civil, le résultat économique recherché. M. Pontois écrit : « La propriété deviendra un instrument de travail, un fonds disponible auquel, d'une minute à l'autre, celui qui la possède pourra avoir recours pour se procurer des ressources immédiates, soit en la cédant, soit en hypothéquant, soit même en empruntant, pour un temps très court, sur le dépôt du titre constitutif, avec la même facilité que celle qui est offerte aux porteurs de valeurs mobilières quelconques ». Le Résident général s'exprime ainsi : « Suivant en cela l'exemple de l'*Act Torrens*, la loi organise un système de copies de titres qui favorise la mobilisation du sol et le développement des transactions. La loi, pour compléter ce système de mobilisation du sol, n'avait pas à autoriser, par une disposition expresse, la transmission des créances hypothécaires par voie d'endossement enregistré à la conservation. Cette faculté résultait suffisamment des principes généraux de notre droit civil combinés avec les règles de la loi nouvelle

et notamment avec cette disposition que le contrat d'hypothèque peut être rédigé sous seings privés. Ajoutons que la suppression des hypothèques générales et occultes fait disparaître pour la Tunisie l'obstacle principal à la circulation des titres hypothécaires et, en élargissant le cercle des prêteurs, fournit au crédit foncier de précieuses ressources ». M. Dain, premier commentateur de la loi foncière, écrivait, en 1885 : « Le système des prêts sur titres fonctionnera en Tunisie d'autant mieux que, depuis longtemps, il est entré dans les usages de la population. J'ai déjà dit qu'il était dans les habitudes des indigènes d'emprunter en déposant les titres des propriétés chez un banquier. La constitution du gage et la cession des créances par voie d'endossement sont aussi simplifiées dans la loi tunisienne. ... Les créances hypothécaires créées en la forme sous seings privés pourront être revêtues de la clause à ordre... » ⁽¹⁾.

En résumé, les auteurs de la loi croyaient avoir mobilisé le crédit hypothécaire : 1° parce qu'ils avaient prévu la délivrance à chaque propriétaire d'une copie du titre de propriété qui pourrait être remise en gage au créancier; 2° parce que l'institution de la publicité réelle, la suppression des hypothèques occultes et générales, la possibilité de constituer l'hypothèque et de la transférer dans la forme sous seing privé devaient donner un grand développement à la négociation des valeurs hypothécaires par endossement. Nous allons voir ce qu'il est advenu des prévisions du législateur en ce qui concerne les avances sur titres et les obligations à ordre. Nous examinerons ensuite différents autres procédés qui ont été imaginés en France, ou à l'étranger, pour faciliter la circulation des titres hypothécaires.

375. — AVANCES SUR TITRES DE PROPRIÉTÉ ⁽²⁾. — Le créancier, au lieu d'exiger une hypothèque, se contenterait de la remise en gage de la copie du titre de propriété. Aucune inscription ne serait faite sur le registre du conservateur; mais le débiteur, démuné de sa copie, ne pourrait constituer d'hypothèque au profit d'autres personnes ni aliéner sa propriété. Pour obtenir la restitution de ce document indispensable, il serait obligé de rembourser.

Ce moyen de crédit, qui éviterait à l'emprunteur les frais et les inconvénients d'une constitution d'hypothèque, n'a pas reçu l'extension

(1) *R. A.*, 85, 1, 285. M. Dain ajoute toutefois que, si chaque endossement devrait être soumis à l'inscription, la circulation des titres hypothécaires risquerait d'être paralysée.

(2) P.-V., de la commission du cadastre, rapport CHALLAMEL, fascicule 5, p. 530. *POUYANNE, Rapport sur l'application du système Torrens*, p. 165. Note de M. E. H. Labbe (*R. A.*, 17, 2. 366).

qu'on avait espérée en 1885, et cela s'explique : la détention de la copie du titre n'empêche pas d'autres créanciers de faire inscrire sur les registres des actes de poursuites, commandements, saisie, adjudication sur saisie (art. 375). Elle ne garantit donc pas le prêteur dans le cas où, précisément, il aurait le plus besoin d'être garanti : celui de déconfiture du débiteur. Il n'est évidemment pas possible d'admettre que le détenteur de la copie puisse refuser de s'en dessaisir entre les mains de l'adjudicataire sur saisie et contraindre celui-ci à le payer au préjudice des créanciers inscrits. Comme l'écrivit M. Labbe sous un jugement du tribunal de Tunis, du 9 juillet 1917, (*R. A.*, 17, 2, 366), « il en résulterait une fissure inadmissible dans le système laborieusement établi par la loi foncière ». La sécurité que donne la détention de la copie du titre est donc nécessairement fragile.

Mais, il y a plus : à suivre la jurisprudence actuelle, il n'y aurait plus de sécurité du tout. Les tribunaux n'ont pas estimé que le créancier gagiste avait un juste motif de refuser le dépôt de la copie à la conservation en vue de l'inscription d'une vente consentie par le débiteur. La Cour de cassation a, en effet, jugé que l'acquéreur, aux yeux duquel aucune mention du titre de propriété ne révélait de restriction au droit de disposition du vendeur, était « fondé à exiger de tout détenteur la production à la conservation de la copie du titre foncier » (Cass. req., 16 avril 1931. *R. A.*, 31, 2, 147, *J. T.*, 31, 336). Il est permis d'avoir des doutes sur l'exactitude de cette solution. L'acquéreur n'aurait pas dû contracter sans se faire remettre la copie du titre de propriété. (*Infra*, n° 398). On ne s'explique pas enfin comment la Cour a pu penser (il s'agissait d'une procédure de référé) qu'en rendant possible l'inscription de la vente, la décision attaquée « ne faisait nullement préjudice au principal ». Le seul droit que confère au créancier la détention de la copie du titre, c'est précisément de mettre obstacle à l'inscription d'aliénations volontaires ou d'autres actes constitutifs de droits réels.

L'avance sur titres de propriété aurait pu entrer davantage dans la pratique et devenir un adjuvant utile du crédit personnel pour les prêts à court terme si une jurisprudence favorable s'était établie. Mais nous ne sommes pas engagés dans cette voie.

On peut rapprocher de notre avance sur titres une création du législateur de l'Afrique Occidentale, l'hypothèque différée (art. 43 et 157) qui a été adoptée à Madagascar, au Maroc, en Indo-Chine et en Syrie. L'hypothèque différée a, comme l'avance sur titres tunisienne, son origine dans l'*Act Torrens* et vise comme elle à faciliter les prêts

à court terme. Le duplicata du titre est déposé par le créancier à la conservation avec un acte constitutif d'hypothèque. L'inscription est différée pendant 90 jours. Elle n'a lieu que si une nouvelle inscription vient à être requise, et dans ce cas rétroagit à la date du dépôt. L'hypothèque différée n'expose pas le créancier aux mêmes risques que l'avance sur titre; mais elle semble critiquable à d'autres points de vue. D'abord, il n'apparaît pas qu'elle présente un grand intérêt pratique : il faut établir un acte constitutif d'hypothèque; à moins que la perception du droit d'enregistrement soit, elle aussi, différée et subordonnée à l'inscription, on ne voit pas où est l'économie. D'autre part, l'hypothèque différée complique la tâche du conservateur qui aurait plutôt besoin d'être allégée. Enfin et surtout, on doit lui reprocher d'être un droit réel immobilier occulte.

376. — TRANSMISSION DES CRÉANCES HYPOTHÉCAIRES PAR ENDOSSEMENT ⁽¹⁾. — Il n'est pas douteux que, comme le dit le rapport Cambon, les créances hypothécaires peuvent être transmises « par voie d'endossement enregistré à la conservation ». Le rapport, faisant allusion à une difficulté soulevée en France, celle de savoir si l'endossement peut être sous signature privée, observe que cette difficulté ne saurait se présenter en Tunisie, puisque l'authenticité n'est pas exigée pour la constitution des hypothèques. Mais, aux termes de l'art. 343 et du rapport lui-même, la transmission des hypothèques, comme celle de tous les droits réels, doit toujours être inscrite sur le titre de propriété. Pour être inscrite, il faut qu'elle soit constatée dans un écrit qui satisfasse aux conditions de forme prévues par le même art. 343 (état-civil complet des parties, légalisation des signatures) de manière à permettre au conservateur de vérifier l'identité et la capacité des parties. Enfin, les actes présentés au conservateur doivent être préalablement enregistrés. De tout cela, il résulte que le transfert par endossement est certes possible, mais que, comme procédé de mobilisation du crédit foncier, il n'a aucune valeur pratique.

Ce qui est vrai des obligations à ordre est également vrai des valeurs à ordre souscrites en représentation du montant de l'obligation. Le titulaire de la créance est, au regard des tiers, celui qui est indiqué dans l'inscription: le droit des endossataires des billets ne serait opposable aux tiers qu'à la condition d'être inscrit et il ne pourrait l'être qu'au vu d'un acte constatant l'endos dans les conditions de

(1) LESCURE, *op. cit.*, 352. POUYANNE, *op. cit.*, p. 164. Jacques SCÉMAMA, *op. cit.*, p. 146.

forme prévues à l'art. 343. Formalités évidemment peu conciliables avec les habitudes du commerce.

377. — OBLIGATIONS AU PORTEUR ⁽¹⁾. — La pratique française a trouvé et la jurisprudence a sanctionné un moyen de circulation des titres hypothécaires plus simple encore que l'obligation à ordre : le débiteur accepte d'avance pour ses créanciers directs tous ceux qui deviendront successivement détenteurs de la grosse de l'obligation. Le porteur est, dès lors, investi d'un droit qui lui est propre : les exceptions qui lui sont personnelles ou qui résultent de la teneur de l'acte lui sont seules opposables s'il est de bonne foi (Cass., 9 nov. 1896, D. 97, 1, 16). L'inscription est prise au profit du prêteur et des porteurs successifs. La transmission s'effectue par simple tradition manuelle. Au jour du remboursement, la mainlevée est donnée par le dernier porteur, le notaire attestant que celui qui la consent est bien le détenteur de la grosse. Le conservateur des hypothèques ne s'assure que de la capacité du prêteur qui a transmis la créance et de celle du dernier porteur qui donne mainlevée; il n'a pas à se préoccuper de la régularité des transmissions intermédiaires.

Si, pour les obligations à ordre, les auteurs de la loi foncière ont exigé l'inscription de l'endossement, on ne saurait présumer qu'ils aient entendu autoriser les obligations au porteur dont les transmissions échapperaient nécessairement à la publicité des registres. Le conservateur de la propriété foncière a toujours considéré que les principes directeurs de la législation : publicité, légalité, force probante, excluent la possibilité d'inscrire des obligations au porteur. Son opinion est basée, au point de vue des textes, sur les art. 15, 16, 343 et 368 de la loi. Elle peut encore trouver un fondement dans l'art. 357 aux termes duquel « pour être inscrit, le droit devra être tenu directement du titulaire de l'inscription précédemment prise ». Donc, le dernier possesseur de la créance ne peut requérir la radiation que si toutes les transmissions successives qui ont fait de lui le bénéficiaire de l'hypothèque ont été inscrites. Dans ces conditions, le conservateur estime, à juste titre, qu'il risquerait d'engager sa responsabilité s'il acceptait de prendre des inscriptions au profit de personnes non dénommées et surtout s'il acceptait de rayer ces inscriptions sur la mainlevée du dernier porteur de l'obligation. S'il refusait, il s'exposerait à être recherché à raison de l'irrégularité de

(1) BOULANGER, *op. cit.*, nos 82 et suiv., JACQUET et VETILLARD, *op. cit.*, nos 17 et suiv.

multiples négociations qu'il n'aurait pas suivies et pour lesquelles il ne serait pas à même de vérifier l'identité et la capacité des contractants. En soumettant toutes les mutations de droits réels à la publicité et en attachant à la formalité de l'inscription la légalité au profit des tiers, la loi a imposé nécessairement au conservateur des obligations autres et plus étendues que celles incombant aux conservateurs des hypothèques en France.

378. — SOCIÉTÉS D'OBLIGATAIRES. — Rien du moins, semble-t-il, ne s'opposerait dans la loi foncière, au cas de fractionnement de la créance entre des porteurs plus ou moins nombreux, à ce que ceux-ci fussent représentés par une personne morale que constituerait leur groupement. L'inscription aurait alors un titulaire, la société ou association, dont les représentants, dûment mandatés, auraient qualité pour agir dans l'intérêt collectif et notamment pour donner mainlevée. Encore faudrait-il que la jurisprudence eût reconnu la personnalité civile des groupements d'obligataires. Or des décisions de justice récentes, notamment un arrêt de la Cour de Paris, du 20 mars 1924 (D. H., 24, 289) et un arrêt de la Cour de cassation, du 17 juillet 1929 (D. 29, 1, 143), laissent planer la plus grande incertitude sur le caractère des groupements d'obligataires et les pouvoirs de leurs administrateurs ⁽¹⁾. Ce moyen de mobiliser le crédit hypothécaire, qui pourrait être pratiqué lorsqu'il s'agit de grandes entreprises et de sommes considérables, n'est donc pas à employer jusqu'à ce que la jurisprudence soit fixée dans un sens favorable ou jusqu'à ce que les propositions de réforme pendantes devant le Parlement aient abouti.

Il est d'ailleurs à remarquer que, généralement, l'inscription de l'hypothèque n'est pas requise lorsque la société est définitivement constituée, c'est-à-dire après l'émission et le placement des obligations, mais par un gérant d'affaires pour une société à former, car c'est en vue d'assurer le succès de l'émission que l'inscription est demandée. Il y a, dans ce cas, plus de difficultés. Sans doute, une hypothèque peut être constituée pour une créance future et conditionnelle, mais le régime de publicité organisé par la loi foncière est incompatible avec l'anonymat des créances hypothécaires. Au nom de qui l'hypothèque pourrait-elle être inscrite tant que la société n'est pas encore née ? L'expédient le moins défectueux consisterait, après avoir établi les statuts du groupement, à stipuler et à inscrire l'hypothèque au

(1) Albert BUISSON, *Les groupements d'obligataires*, p. 33

profit de la société en voie de constitution représentée par le *negotiorum gestor* et à mentionner, ultérieurement, en marge de l'inscription l'émission des obligations et la constitution définitive de la société ⁽¹⁾.

379. — CONCLUSION. — Non seulement la loi tunisienne n'a pas organisé de moyens nouveaux pour permettre la circulation des titres hypothécaires, mais on vient de voir qu'elle se prête peu à l'emploi des modes commerciaux de transmission qui, sous le régime du Code civil, ont pu s'instituer en France sans difficulté. Est-ce à dire qu'en Tunisie les placements sur hypothèques soient des valeurs immobilisées jusqu'à l'échéance, entre les mains de ceux qui les ont fait ? Assurément non. Il n'existe pas d'autres moyens de transférer l'hypothèque que la subrogation, mais à vrai dire, la subrogation s'effectue fort simplement : aucun état à requérir, aucune recherche à faire si l'on a la copie du titre de propriété, un acte sous seings privés généralement sans difficultés, puis le dépôt de cet acte à la conservation. Ce ne sont pas des formalités excessivement longues ni coûteuses et il dépend uniquement de la législation fiscale qu'elles deviennent plus économiques encore. Sans doute, la cession de créance comporte, en outre, la signification au débiteur cédé ou l'acceptation de celui-ci, conformément à l'art. 1690, C. civ., mais on peut, d'ores et déjà, l'éviter dans beaucoup de cas, en se servant de la quittance subrogative. Acte unilatéral, très court et facile à rédiger, la quittance subrogative est aussi commode que le serait l'endossement inscrit à la conservation prévu par le rapport Cambon pour les obligations à ordre. D'autre part, les créanciers qui ne veulent ou ne peuvent aliéner leurs créances ont la ressource de les donner en nantissement en subrogeant le prêteur dans l'hypothèque : la cession en garantie, que nous avons étudiée plus haut (n° 271) et qui a pris en Tunisie un développement considérable, donne satisfaction, dans une large mesure, aux besoins de la pratique.

On peut donc dire qu'en définitive, les espérances des auteurs de la loi n'ont pas été entièrement vaines : la clarté de la publicité réelle, la suppression des hypothèques générales et occultes, l'admission des

(1) Voir P.-V. de la commission du cadastre : Rapport Challamel, fasc. 7, p. 103, Avant-projet, art. 45 et 59, fasc. 9, pp. 833 et 835. La commission a proposé de dédoubler l'opération : la société qui émettrait des obligations ferait une promesse d'hypothèque qui serait prénотée sur le livre foncier; après réalisation de l'opération et dans un délai de six mois, l'hypothèque serait définitivement constituée et son inscription prendrait rang du jour de la prénотation.

actes sous seings privés ont favorisé les transactions sur les créances hypothécaires. Il est probablement sans exemple qu'une créance bien garantie n'ait pu trouver preneur ou servir à gager un emprunt.

§ 2. — Vues législatives

380. — UTILITÉ D'UNE RÉFORME. — Malgré ce qui vient d'être dit, il est utile de rechercher les voies qui permettraient une véritable mobilisation du crédit hypothécaire. Les besoins ne sont plus les mêmes qu'en 1885. Des entreprises se sont créées qui exigent de très importants capitaux. Il faut alors s'adresser à de nombreux capitalistes. Il est évident que l'émission d'obligations ou la délivrance de bons hypothécaires répondrait mieux à ces besoins modernes que le contrat de prêt individuel avec constitution d'hypothèque. D'autre part, le taux de l'intérêt est toujours resté trop élevé ⁽¹⁾. Toutes les mesures qui peuvent avoir pour résultat d'élargir le marché des capitaux et de rendre ceux-ci moins chers, méritent d'être examinées très attentivement.

381. — CESSIION DE CRÉANCES PAR LES MODES COMMERCIAUX. — Il est d'abord fâcheux que des combinaisons devenues courantes dans la métropole soient irréalisables dans le protectorat et un peu paradoxal que le régime tunisien apparaisse ainsi comme moins modernisé que le droit hypothécaire français.

La première réforme à accomplir serait donc, à mon avis, que la loi autorisât expressément les obligations à ordre ou au porteur. Comme dans l'avant-projet de la commission du cadastre (art. 85) les transmissions successives ne seraient pas assujetties à l'inscription : le conservateur serait, en conséquence, dispensé d'en vérifier la régularité. Elles auraient lieu conformément au principe du droit commercial suivant lequel le débiteur ne peut pas se prévaloir des exceptions personnelles aux endosseurs. Les notifications à fin de purge seraient valablement adressées au domicile élu par le prêteur. La mainlevée serait donnée par le bénéficiaire du dernier endos ou le dernier porteur. Mais comme en France il y aurait lieu d'exiger l'authenticité de l'acte constitutif et de la mainlevée : le contrôle et la responsabilité des notaires sont à la base de l'institution des obligations à ordre

(1) *Infra*, n° 505.

et au porteur et constituent une garantie indispensable et irremplaçable.

Une réforme ainsi réalisée ne comporterait pas d'inconnu. La cession par les voies commerciales qui est depuis longtemps usitée dans la métropole, a fait ses preuves. Sans doute, ce serait déroger à la règle de la publicité telle que l'a conçue la loi foncière, mais ce serait une dérogation d'un ordre exceptionnel, admise pour concourir au même résultat en vue duquel la publicité a été instituée, à savoir la facilité du crédit immobilier.

382. — BONS HYPOTHÉCAIRES. — Les bons hypothécaires sont des titres établis par le conservateur qui représentent des fractions d'une créance hypothécaire préexistante et qui se transmettent, soit par endossement, soit par simple tradition manuelle. Fractionnant la créance et faciles à négocier, ils permettent de réunir des sommes importantes pour des prêts à long terme. Ils sont « de la monnaie d'hypothèque » et circulent presque comme de la monnaie.

Dans le système proposé en France par la commission du cadastre, le créancier peut, avec le consentement du débiteur, requérir la délivrance d'un ou plusieurs bons à concurrence du principal de la créance. Ces bons sont établis concurremment ou suivant un ordre de priorité au gré des parties (art. 47). Ils forment titre exécutoire (art. 48). Ils comportent toutes les indications nécessaires pour permettre de déterminer l'immeuble grevé, leur montant, le montant de somme déjà garanties par préférence, l'échéance, le lieu de paiement, le domicile élu, ils sont munis de coupons d'intérêts (art. 61). Ils sont transmissibles par endossement ⁽¹⁾, indépendamment de toute mention au livre foncier. Les endosseurs ne sont garants que de l'inscription de l'hypothèque (art. 85). Les inscriptions sont rayées sur la remise au conservateur des bons accompagnés du dernier coupon payé, ou, à défaut de présentation des bons à l'échéance, sur la justification du dépôt de leur montant à la caisse des dépôts et consignations (art. 69) ⁽²⁾.

Les bons hypothécaires sont un mode de mobilisation du crédit qui se concilie avec les règles essentielles de notre droit hypothécaire : l'hypothèque demeure l'accessoire de la créance, le débiteur reste personnellement tenu sur tous ses biens. Comme pour les obligations

(1) Dans sa séance du 8 mars 1904, la sous-commission a écarté par 10 voix contre 8, le bon au porteur.

(2) Voir aussi les projets relatifs à l'Algérie.

à ordre et au porteur, les transmissions ont lieu sans inscription, mais les tiers sont avertis par les énonciations de l'inscription d'hypothèque de l'existence des bons et ils peuvent valablement adresser au domicile élu dans cette inscription toutes notifications qu'ils ont à adresser aux porteurs de bons. Il n'y a donc pas de raison de principe décisive de repousser la création des bons hypothécaires. C'est seulement question d'opportunité. M. Lescure s'est déclaré partisan de leur institution (pp. 355 et suiv.) en prévoyant, toutefois, l'authenticité de l'acte constitutif d'hypothèque et en proposant de subordonner la délivrance des bons à une autorisation de justice lorsqu'il s'agit de débiteurs indigènes ⁽¹⁾. Je ne crois pas que la délivrance de bons donnerait lieu à de graves abus : bien entendu, il appartiendrait aux personnes désireuses d'en acquérir de se renseigner sur la valeur du gage et sur les événements qui auraient pu purger l'inscription ⁽²⁾. Il est plutôt à craindre que leur création n'aboutisse pas à de très importants résultats et qu'elle n'exerce pas toute l'influence souhaitable sur le taux de l'intérêt. Pour que les bons hypothécaires améliorent sensiblement le crédit de la terre, il faudrait qu'ils eussent un champ d'application vaste, dans un grand pays, riche en capitaux. Ils seraient alors susceptibles d'attirer une clientèle étendue; une marché se constituerait où ils seraient assurés de trouver preneurs à des conditions favorables. Grâce à la possibilité pour le prêteur de rentrer facilement dans ses fonds à toute époque, des capitalistes plus nombreux s'intéresseraient alors aux placements sur hypothèques. L'abondance des capitaux et la mobilité du placement auraient, sans aucun doute, une influence sensible sur le taux de l'intérêt. Mais si la Tunisie, seule, instituait les bons hypothécaires, cette nouveauté aurait peut-être quelque peine à se faire connaître et à triompher de la défiance ou de l'indifférence qui risquerait de l'accueillir à ses débuts. A tout le moins, le concours des établissements de crédit serait nécessaire à son lancement. En tous cas, ces considérations ne sont pas de nature à interdire une expérience qui, en elle-même, vaut d'être tentée.

383. -- HYPOTHÈQUE SUR SOI-MÊME. DETTE FONCIÈRE. — Le décret du 9 messidor an III permettait à tout propriétaire de prendre hypo-

(1) Il faudrait que le fisc se contentât de réclamer le même impôt de transmission (par abonnement annuel), que sur les valeurs mobilières.

(2) Des bons qui ne seraient pas venus en rang utile dans la distribution judiciaire du prix de l'immeuble pourraient être restés en circulation.

thèque sur lui-même par la voie de cédules hypothécaires jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur vénale des biens grevés. Ces cédules ne produisaient pas d'intérêts. C'étaient des assignats qui devaient faire l'office de monnaie. Le conservateur des hypothèques était garant de la valeur annoncée par la cédule, sauf à lui à requérir une expertise en cas de forçement de la valeur. Ce système ingénieux avait des vices évidents. Il a été peu appliqué. Mais l'idée de l'hypothèque sur soi-même a été reprise. Renonçant, bien entendu, à rendre le conservateur responsable de l'évaluation des biens, on a proposé soit de subordonner la délivrance de cédules à une expertise judiciaire, soit de la laisser libre, les acquéreurs de ces cédules ayant à veiller eux-mêmes à la sauvegarde de leurs intérêts.

L'avant-projet de M. Dain (art. 40) et le projet Franck Chauveau (art. 44) créaient, en Algérie, l'hypothèque sur soi-même concurremment, d'ailleurs, avec les bons hypothécaires ⁽¹⁾. C'est également l'hypothèque sur soi-même qui a été instituée au Maroc, mais dans des conditions très spéciales et moyennant une expertise, par les *dahirs* des 29 oct. 1924 et 25 nov. 1925.

La dette foncière (*grundschuld*) du droit allemand (C. civ., art. 1191 et suiv.) est une institution voisine de l'hypothèque sur soi-même. L'hypothèque n'est plus un droit accessoire : elle existe *in abstracto*, indépendamment de toute créance. Celui qui la crée ne contracte pas d'obligation personnelle. L'immeuble est personnifié, c'est lui seul qui doit. S'il périt, rien n'est plus dû par personne. Si sa valeur se révèle insuffisante, l'emprunteur n'est pas tenu de rembourser l'argent qu'il a reçu.

En France, la commission du cadastre, qui a longuement discuté les moyens de mobiliser le crédit hypothécaire, a repoussé l'hypothèque sur soi-même (P.-V., fasc. 5, p. 591). Sa décision a été basée non seulement sur des objections de doctrine, mais sur les considérations pratiques suivantes : 1° Il n'y a pas d'utilité, il y aurait même des inconvénients à mettre en présence deux titres de nature différente, les bons et les cédules; l'un des deux nuirait à l'autre; 2° Les bons hypothécaires établis en représentation d'un prêt préalablement effectué offrent plus de garanties que l'hypothèque sur soi-même, parce que le débiteur est tenu personnellement sur tous ses biens et parce que l'évaluation du gage est faite par le prêteur. Il y a, au contraire, danger à laisser le propriétaire libre d'émettre des cédules à

(1) R. A., 85, 1, 353; R. A., 87, 1, 12 et 23; R. A., 93, 1, 115.

son gré, sans contrôle et sans responsabilité. D'autre part, il y aurait de grandes difficultés à limiter son droit d'émission : l'expertise serait une faible précaution, propre surtout à donner aux tiers une sécurité illusoire. Même organisée sévèrement, elle pourrait, d'ailleurs, se trouver faussée par les fluctuations des cours. Les abus qui se commettraient, les pertes que subirait l'épargne dans les périodes de crise risqueraient de jeter le discrédit sur les affaires sérieuses. La prudence s'impose. Il serait, à mon avis, tout à fait suffisant de permettre l'emploi en Tunisie des modes de transmission auxquels les capitalistes de la métropole sont déjà habitués et d'expérimenter les bons hypothécaires.

QUATRIEME PARTIE

ORGANISATION DU LIVRE FONCIER
PRINCIPES DE PUBLICITE
LEGALITE ET FORCE PROBANTE

CHAPITRE PREMIER

ORGANISATION MATÉRIELLE DE LA PUBLICITÉ RÉELLE

§ 1. — Du titre de propriété

384. — DU TITRE DE PROPRIÉTÉ. — « La réforme pratique la plus importante, dit le rapport Cambon, consiste à créer, en quelque sorte, l'état-civil de l'immeuble et à lui donner une individualité juridique indépendante de celle du propriétaire. En l'absence d'un plan cadastral, on ne pouvait songer, comme en Australie, à désigner chaque immeuble par le numéro qu'il occupe sur le plan, mais la coutume locale fournissait un moyen de combler cette lacune de l'organisation foncière. En Tunisie les domaines ruraux d'une certaine importance ont reçu un nom qui sert à les désigner dans les actes et à les reconnaître; ce nom permet d'ouvrir à chaque immeuble dans un répertoire général une sorte de compte numéroté où viennent se grouper les extraits de toutes les inscriptions qui le concernent ». Conformément aux intentions ainsi exprimées par le législateur et qui se dégagent notamment des art. 44 et 46 de la loi, chaque immeuble fait l'objet d'un titre en langue française établi par le conservateur de la propriété foncière et sur lequel doivent être inscrits toutes les mutations de la propriété, tous les démembrements de celle-ci et toutes les charges qui la grèvent.

L'immeuble est désigné par un nom ⁽¹⁾ et le titre reçoit un numéro d'une série unique. Un plan officiel y est annexé.

385. — DE L'UNITÉ FONCIÈRE ⁽²⁾. — La loi n'a pas déterminé, d'une manière expresse, quelle serait l'unité foncière, base de la publicité réelle. En d'autres termes, elle n'a pas dit comment on individualiserait l'immeuble et s'il serait établi un titre par parcelle, par îlot

(1) A vrai dire, l'art. 44 a omis de prescrire qu'il soit donné un nom, mais l'art. 347 prévoit une table alphabétique des titres de propriété.

(2) V. observations de M. Bufnoir à la commission du cadastre, P.-V., fascicule 2, pp. 248 et suiv. Rapport Massigli, P.-V., fascicule 9, pp. 89 et suiv. Indo-Chine, art. 326. Maroc, art. 13 et suiv. de l'arrêté du Grand Vizir du 3 juin 1915.

de parcelles contigues, par domaine ou autrement. L'expression « l'immeuble » qui est employée dans de nombreux articles et le passage ci-dessus rappelé du rapport Cambon indiquent, toutefois, que le législateur avait en vue le domaine, c'est-à-dire l'ensemble des parcelles appartenant au même propriétaire, contigues ou non contigues, mais situées dans un même lieu, et faisant l'objet d'une seule exploitation ou soumises au même mode de jouissance. En particulier, les dispositions prises au sujet de la publicité des demandes d'immatriculation et du bornage impliquent que le propriétaire ne serait pas autorisé à grouper dans une même réquisition et ultérieurement dans un même titre plusieurs propriétés entièrement distinctes et plus ou moins éloignées les unes des autres. Inversement, lorsque l'immeuble forme un tout indivisible, il ne doit pas être morcelé artificiellement et par pure fantaisie entre plusieurs titres. Il est raisonnable d'admettre que le conservateur, qui a la charge de tenir le livre foncier et qui serait responsable des erreurs auxquelles une mauvaise organisation pourrait le conduire, serait fondé à s'opposer à des demandes nettement abusives de démembrements ou de remembrements des titres de propriété.

Dans ces limites qu'imposent l'esprit de la loi et les nécessités pratiques, le propriétaire jouit d'une large liberté. S'il acquiert une parcelle d'un voisin, il peut la faire incorporer au titre de la propriété qu'il possède déjà. S'il se trouve, par suite d'acquisitions ou d'immatriculations séparées, avoir plusieurs titres pour des parcelles qu'il a intérêt à grouper, il peut demander le remembrement de ses titres. Si, au contraire, par suite de modifications dans l'état des lieux et le mode de jouissance, ou simplement en vue d'une vente par lots, il estime préférable d'avoir des titres distincts pour certaines parcelles, rien ne s'oppose à ce qu'il lui soit donné satisfaction.

386. — DIVISION DU FONDS ⁽¹⁾. — L'art. 46 a, d'ailleurs, prévu le cas où la propriété viendrait à être morcelée, soit par suite de partage, soit par suite de vente partielle ou lotissement. La loi veut qu'alors chacun des lots soit borné par le service topographique et qu'il soit « établi un titre et un plan distincts pour chacune des divisions de l'immeuble ». Elle ajoute toutefois qu'il n'est pas nécessaire d'établir un nouveau titre pour la partie de l'immeuble qui, ne faisant pas l'objet d'une transmission, reste entre les mains du

(1) Rapport Massigli, P.-V., fascicule 9, pp. 138 et suiv. Madagascar, art. 122. Afrique Occidentale, art. 162. Maroc, art. 54. Indo-Chine, art. 404, 405.

propriétaire. En pratique, on étend cette faculté au cas de partage : un des co-partageants peut conserver l'ancien titre. Dans tous les cas où une partie de la propriété est distraite du titre, mention est faite de cette distraction et le plan est modifié en conséquence.

S'il n'est pas fait usage de la possibilité de conserver l'ancien titre, si toutes les parties de l'immeuble sont distraites, le conservateur annule ce titre devenu vide, ainsi que la copie qui est classée aux archives.

Toutes les fois qu'une parcelle fait l'objet d'un nouveau titre, les charges qui la grèvent la suivent conformément aux principes ordinaires de notre droit, sauf accord de toutes les parties intéressées; les inscriptions qui conservent ces charges sont alors reportées par le conservateur sur le nouveau titre ⁽¹⁾. Cependant, en ce qui concerne les causes de résolution, le conservateur ne peut reporter que celles qui ont été expressément réservées dans les actes et par suite inscrites sur le titre. Les tiers peuvent avoir intérêt à connaître les précédentes inscriptions pour se rendre compte, par la nature et les circonstances des mutations dont l'immeuble a été l'objet dans le passé, des actions qui seraient susceptibles de mettre en cause la validité des conventions ultérieures (*infra*, n° 468). C'est pourquoi l'usage s'est introduit d'indiquer l'origine de la propriété par une brève mention qui permet de suivre la filière des titres dont l'immeuble a été l'objet depuis son immatriculation.

387. — PLAN DE L'IMMEUBLE. — Le plan du service topographique, qui détermine la contenance et les limites de l'immeuble, fait partie intégrante du titre de propriété.

Les parcelles dont se compose l'immeuble sont figurées sur le plan avec l'indication de leurs numéros et de leur contenance, de l'emplacement et des numéros des bornes. Il importe de remarquer, ainsi que le fait observer M. Pouyanne ⁽²⁾, que la parcelle n'est pas basée, comme celle du cadastre français, sur le mode de culture. La parcelle du service topographique tunisien est une étendue de terrain d'un seul tenant dont toutes les parties sont soumises aux mêmes droits immobiliers. Les parties d'une propriété séparées les unes des autres par des chemins ou des cours d'eau forment donc des par-

(1) Le projet de la commission du cadastre ne prévoyait pas de report des inscriptions. Les intéressés devaient se référer au feuillet de l'ilot démembré (Rapport Massigli, P.-V., fascicule 9, pp. 139 et 140). Cette solution éviterait évidemment des écritures, mais elle serait fort peu satisfaisante au point de vue pratique.

(2) *Op. cit.*, p. 92, note.

celles distinctes, et d'autre part, toutes les fois qu'un droit réel (servitude, rente d'*enzel*, hypothèque) grève seulement une partie divisée de l'immeuble, il doit être créé une parcelle spéciale pour que l'assiette de ce droit soit nettement déterminée.

Le service topographique reproduit sur la feuille du plan un extrait de la carte au 1/50.000^e ou 1/100.000^e qui permet de situer avec exactitude la propriété. Les tenants et aboutissants (rues, routes, chemins, voies ferrées, cours d'eau, numéros des titres pour les propriétés voisines immatriculées ou noms des propriétaires présumés pour celles qui ne le sont pas) sont indiqués.

Enfin les constructions existant au moment du bornage ou lotissement sont, en général, figurées au plan. Des coupes font ressortir, s'il y a lieu, la limitation en hauteur du droit de propriété ou les particularités de la construction. Des signes conventionnels signalent la mitoyenneté des murs, la nature des plantations, etc.

La concordance entre le plan et les énonciations du livre foncier est rigoureusement assurée; aucune division du fonds, aucune inscription de droit réel relative à une partie divisée de la propriété n'est opérée sur les registres du conservateur avant que le service topographique ait constitué, sur la demande des intéressés, les parcelles correspondantes (*infra*, n° 497). Cette règle, qui est de toute nécessité, qui découle de la loi de 1885 et spécialement de l'art. 46 se trouve encore confirmée expressément par le législateur dans l'art. 3 du décret du 16 juillet 1899. Malheureusement, elle pose un problème pratique des plus graves. Le service topographique, généralement débordé par les demandes d'immatriculation et les demandes de lotissement, n'arrive à satisfaire les unes et les autres qu'avec des retards plus ou moins longs. Toutes les fois qu'une aliénation partielle ou un partage entraîne une opération de bornage, les parties se trouvent donc dans l'impossibilité de donner la publicité à leurs conventions dans un délai normal parce qu'il faut attendre la délivrance du plan. Il conviendrait, à mon avis, de remédier à cette situation, sans porter d'atteinte au système actuel de mise à jour des plans, en instituant une prénotation spéciale qui serait prise au vu du contrat appuyé de la demande de lotissement.

§ 2. — Registres et archives du conservateur

388. — REGISTRES DES TITRES DE PROPRIÉTÉ. — Les titres de propriété sont couchés sur des registres, cotés et paraphés par un juge du tribunal. Ils sont exempts de timbre. Les registres sont de 200

feuilles, ils renferment ordinairement 25 titres, à raison de 8 feuilles par titre. Si les 8 feuilles réservés à chaque immeuble viennent à être épuisés, il est ouvert une suite sur un nouveau registre. Mais le titre peut également être annulé et refondu, ainsi que le prévoit l'art. 50 ⁽¹⁾.

Il n'y a pas plusieurs séries de registres suivant les circonscriptions administratives ou judiciaires. Les titres sont établis au fur et à mesure des immatriculations ordonnées par le Tribunal mixte (art. 44), des inscriptions d'actes comportant la division du fonds (art. 46), des refontes de titres annulés (art. 50) ou encore des démembrements et remembrements demandés par les propriétaires. Il en résulte que les titres de toutes les propriétés immatriculées de Tunisie figurent sur les registres dans l'ordre chronologique de leur établissement. Le numérotage permet de trouver dans le minimum de temps le feuillet de l'immeuble.

Le titre de propriété se compose d'inscriptions faisant connaître la consistance de l'immeuble et les modifications qu'elle subit, le droit de propriété et ses mutations successives, les démembrements de la propriété et les charges qui grèvent l'immeuble. Les inscriptions sont une analyse, forcément assez étendue, des actes soumis à la formalité, car le conservateur, qui les rédige, y fait figurer, comme nous le verrons plus loin, tous les renseignements susceptibles d'intéresser les tiers. Elles sont portées les unes à la suite des autres dans l'ordre du dépôt à la conservation des actes ou jugements et annotées des modifications, réductions ou radiations qui les concernent.

A cet effet, les feuillets des titres comprennent, outre les colonnes destinées à l'indication des volumes et numéros du registre de dépôts, deux parties, l'une affectée aux inscriptions proprement dites, l'autre aux mentions marginales ⁽²⁾.

On a quelquefois reproché au titre tunisien d'être long et de ne pas présenter les renseignements intéressant l'immeuble suivant un classement rationnel sous forme de tableaux, les uns réservés à la détermination physique de la propriété : 1° description matérielle;

(1) V. art. 57 de la loi marocaine (D. 12 août 1913) et art. 23 de l'arrêté du Grand Vizir du 3 juin 1915.

(2) Il n'y a en Tunisie qu'un seul titre pour chaque immeuble. A Madagascar (art. 114) et au Maroc (art. 17 de l'arrêté viziriel du 3 juin 1915), il peut être établi, sur réquisition des intéressés, des titres spéciaux au nom de l'usufruitier, de l'emphytéote ou du superficiaire. En Afrique Occidentale (art. 120, § 5) et en Indo-Chine (art. 361) les titulaires des droits réels reçoivent des « certificats d'inscription ». Voir la note de M. E. H. Labbe publiée dans la *Revue Algérienne* (10, 2, 393) proposant l'établissement, en Tunisie, de titres spéciaux pour les droits réels.

2° mitoyennetés et servitudes: les autres destinés à sa détermination juridique : 1° désignation des propriétaires et mutations de la propriété; 2° restrictions, démembrements et charges de la propriété; 3° privilèges et hypothèques ⁽¹⁾.

Le reproche de longueur n'est pas justifié ou ne l'est plus. Les inscriptions, qui étaient en effet trop longues dans les débuts, ont été sensiblement abrégées: on a exclu les clauses des actes qui comportent seulement des obligations personnelles aux contractants et présenté les autres dans une forme aussi concise que possible. On pourrait seulement alléger les titres de certaines mentions (description de l'immeuble, constructions, plantations) qui sont inutilement prescrites par l'art. 44, puisqu'elles font double emploi avec les indications du plan, et surtout des prétentions souvent obscures de l'administration, si un régime moins défectueux était institué pour permettre de déterminer les droits du domaine public ⁽²⁾.

Quant à la texture des feuillets, si elle n'est pas la plus satisfaisante au point de vue théorique, elle a le mérite d'être la plus souple et la seule qui s'adapte à tous les cas, notamment à ceux d'indivision, fréquents en pays musulman ⁽³⁾. Le titre de propriété tunisien tire le meilleur parti possible de situations qui sont parfois fort embrouillées. Dans les cas ordinaires, il est d'une clarté parfaite, il est facile à consulter (l'emploi de caractères plus gros pour les énonciations essentielles permet de le parcourir très rapidement), il est commode et pratique parce que les renseignements qu'il donne aux tiers sont complets et les dispensent de toutes recherches extrinsèques et même, le plus souvent, de se reporter aux actes ⁽⁴⁾.

389. — TABLE ALPHABÉTIQUE DES TITULAIRES DE DROITS RÉELS ⁽⁵⁾. — Les registres des titres de propriété ont pour complément un répertoire des propriétaires et titulaires de droits réels. Il importe en effet, pour allier aux incontestables commodités qu'offre la publicité

(1) Voir modèles annexés au rapport Massigli (P.-V., fascicule 9, pp. 197 et suiv.). En Afrique Occidentale (art. 120, § 3) et en Indo-Chine (art. 327), le titre de propriété est divisé en tableaux. En Indo-Chine on ne fait figurer au titre que des mentions sommaires qui sont, aux termes de l'art. 328 « appuyées et complétées au moyen de bordereaux analytiques rédigés par le conservateur ». A Madagascar, où les titres sont semblables à ceux de la Tunisie, on étudie une réforme qui consisterait à refondre le livre foncier pour l'établir par district et sur le modèle du livre foncier de l'Afrique Occidentale (Lota, *op. cit.*, n° 68).

(2) *Supra*, nos 131, 133 et 134.

(3) Voir les raisons qu'indique M. de France de Tersant pour justifier la forme qu'il a donnée au titre tunisien (*Une conservation des hypothèques sous le régime des livres fonciers*, R. A., 92, 1, 131 et suiv.).

(4) Sur la forme des inscriptions et les nullités, *infra*, nos 413, 414.

(5) P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 2, pp. 492 et suiv. Rapport Massigli, fascicule 9, p. 99.

réelle les avantages de la publicité personnelle, qu'il y ait un moyen d'établir à tout instant l'ensemble de la situation foncière du propriétaire et qu'on puisse, s'il en est besoin, prendre le nom de celui-ci pour base des recherches à faire au livre foncier. La loi foncière a prévu la tenue de ce répertoire dans l'art. 347. Il a une double utilité : 1° il permet aux tiers d'obtenir du conservateur l'état des propriétés ou des droits réels appartenant à une personne déterminée sans qu'ils aient à fournir d'autres renseignements que les noms et prénoms et, en cas d'homonymie, les indications indispensables pour identifier la personne qu'ils entendent désigner; 2° il permet de trouver le feuillet de l'immeuble lorsqu'on n'en connaît pas le nom et le numéro. Le mécanisme en est simple : en regard des noms des propriétaires rangés dans l'ordre alphabétique, sont indiqués, par colonnes distinctes, d'une part les numéros des titres qui lui appartiennent en propriété ou usufruit, d'autre part les numéros des titres sur lesquels sont inscrits à son profit des privilèges, hypothèques ou antichrèses.

Le répertoire n'a qu'une valeur de renseignement. C'est le feuillet réel qui, seul, est doué de la force probante. Comme l'écrit M. Massigli « il n'a aucune autorité légale à l'encontre du livre foncier et s'il arrivait, par exemple, que, n'ayant pas été mis à jour après une vente, le répertoire continuât d'attribuer une unité foncière à la personne qui l'aurait vendue, nul ne pourrait se prévaloir de cette énonciation au détriment des droits de l'acheteur désigné comme propriétaire par le livre foncier ».

L'art. 347 a institué un autre registre auxiliaire, mais qui est de moindre importance : la table alphabétique des titres de propriété. Cette table permet de trouver le numéro du titre lorsqu'on en connaît le nom. J'ajoute que, si on ne possède de renseignement, ni sur le nom de la propriété, ni sur le nom du propriétaire, on peut se procurer le numéro du titre en consultant les cartes du service topographique. Il suffit donc d'avoir une indication, même approximative, sur l'emplacement d'un immeuble quelconque pour arriver, sans de longues recherches, à découvrir le titre de propriété.

390. — **MODES DE COMMUNICATION DES RENSEIGNEMENTS** ⁽¹⁾. — Les registres des titres de propriété sont publics. Tout le monde peut obtenir communication des renseignements qu'ils contiennent sans avoir à justifier d'un intérêt spécial. Toutefois le public n'est pas

(1) P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 9, pp. 100 et 440. Madagascar, art. 167. Afrique Occidentale, art. 165, 166. Indo-Chine, art. 406, 407.

autorisé à consulter les registres directement. La communication directe des registres, qui est admise dans certains pays de l'Europe centrale et au Maroc ⁽¹⁾ offrirait évidemment des avantages : promptitude, économie, allègement de la tâche du conservateur, mais elle présenterait des inconvénients non moins certains : gêne dans le service intérieur des bureaux, usure plus rapide des registres, abus résultant de curiosités déplacées, danger des lacérations et des altérations d'écritures. Le législateur tunisien a décidé que la communication des renseignements aurait lieu seulement au moyen de la délivrance de certificats ⁽²⁾.

391. — COPIES ET ÉTATS. — Aux termes de l'art. 352, le conservateur est tenu de délivrer à tous requérants « soit copie littérale de toutes les mentions concernant un droit réel immobilier ou de celles qui seront spécialement désignées dans la réquisition des parties, soit certificat qu'il n'en existe aucune ».

En vue d'éviter, autant que possible, des écritures longues et onéreuses, le même article autorise le conservateur à délivrer des relevés sommaires ou états analytiques des inscriptions. Ces états, établis sous forme de tableaux, sont de deux modèles : l'un faisant connaître la situation, la nature et la contenance des propriétés appartenant à une personne déterminée et les charges qui grèvent ces immeubles, l'autre les rentes d'*enzel* et hypothèques qui sont inscrites au profit de la personne désignée. Tandis que les copies littérales et certificats engagent la responsabilité du conservateur, les états analytiques ne sont délivrés qu'à titre de simple renseignement.

Dans la pratique, et pour satisfaire au besoin de célérité des affaires, des renseignements sont donnés verbalement, sans délai, à quiconque dépose une réquisition de copie, de certificat ou d'état.

Enfin, le propriétaire dispose d'un moyen plus simple encore de renseigner les tiers avec lesquels il traite, c'est de leur communiquer la copie du titre qui est entre ses mains. La copie du titre est une institution que j'examinerai dans la dernière partie de ce chapitre en raison des longs développements que comporte son étude.

392. — DÉPÔT DES ACTES AUX ARCHIVES DE LA CONSERVATION. — L'art. 343 dispose que tous actes ou décisions judiciaires soumis à l'inscription doivent être déposés à la conservation de la propriété

(1) Arrêté du Grand Vizir du 4 juin 1915, art. 39.

(2) Le président du tribunal et le procureur de la République peuvent prendre communication des registres dans les bureaux (art. 348).

foncière soit en original, soit en expédition et seront conservés dans les archives. En conséquence le conservateur garde, classés et enliassés suivant l'ordre du registre des dépôts, des expéditions de tous les actes authentiques ou jugements ou des originaux de tous les actes sous seings privés qui ont été inscrits, ainsi que les divers documents (procurations, délibérations de conseil de famille, actes ou contrats de mariage, etc.) qui ont été déposés à l'appui d'actes à inscrire.

Le dépôt et la conservation des actes sont prescrits pour permettre au conservateur de justifier, en cas de contestation, les inscriptions qu'il a faites et couvrir sa responsabilité. Mais cette mesure présente, pour les particuliers, un intérêt qui, pour être accessoire, n'est pas moins considérable. L'art. 343 ajoute en effet que « des copies faisant foi de leur contenu et de la date du dépôt pourront être délivrées à toutes époques aux intéressés ». Les contractants et leurs ayants cause ont ainsi la possibilité de se procurer, en cas de besoin, le texte intégral des conventions qui ont été passées par eux ou leurs auteurs. Comme en Tunisie, la plupart des actes sont sous seings privés et que très souvent les autres exemplaires restés entre les mains des parties sont égarés ou détruits, il est fait appel fréquemment aux archives de la conservation.

Les documents déposés servent aux inscriptions ultérieures. S'agit-il d'une procuration, le mandataire n'est pas obligé de justifier de ses pouvoirs à chaque opération qu'il fait; il indique seulement au conservateur les volume et numéro sous lesquels la procuration a été déposée. Il en est de même de toutes pièces propres à établir la capacité des parties. Il se peut également qu'un acte ou jugement concerne plusieurs propriétés. La publicité n'est donnée qu'à l'égard des immeubles sur les titres desquels elle a été régulièrement requise. Mais pour obtenir l'inscription sur les autres titres de propriété les intéressés n'ont pas besoin de remettre au conservateur d'autres expéditions ou originaux des actes, il suffit qu'ils demandent régulièrement l'inscription nouvelle en se référant aux pièces déjà déposées.

§ 3. — De la copie du titre ⁽¹⁾

393. — DÉLIVRANCE AU PROPRIÉTAIRE D'UN DOUBLE DU TITRE. — La loi foncière a voulu, à l'exemple des législations australiennes, met-

(1) Madagascar, art. 125 à 127, 156 et 157. Afrique Occidentale, art. 120, § 5, 224 et 153. Maroc, art. 58 à 60, 88 à 90, 101 et 102. Indo-Chine, art. 361 et 394. En Indo-Chine, le titre remis au propriétaire comprend, outre une copie du feuillet réel, qui ne contient que des mentions très sommaires, la copie des bordereaux d'inscription (art. 393).

tre entre les mains du propriétaire un document qui lui permit de faire la preuve de son droit, soit en justice à l'encontre de tout revendiquant, soit dans les tractations amiables, lorsqu'il veut aliéner, hypothéquer ou faire une opération quelconque.

La délivrance d'un double ou copie du titre de propriété a lieu d'office, sans qu'il soit nécessaire de la demander, dès que le titre est établi. Seul le propriétaire y a droit. Les titulaires de droits réels autres que la propriété (le crédi-rentier de l'*enzel*, le créancier hypothécaire, etc.) ne peuvent obtenir que des certificats d'inscription (art. 34) ⁽¹⁾.

La copie du titre est sur papier libre. Elle reproduit exactement et dans tout leur contenu les feuillets du registre relatifs à l'immeuble. Elle a la forme d'un cahier sous couverture bleue ⁽²⁾. Le cadre et les divisions des feuillets sont, dans un format plus réduit, les mêmes que ceux du registre. Les rôles sont cotés et paraphés par le conservateur. Le conservateur certifie l'authenticité des écritures qui y sont portées en apposant au pied de la copie et, ultérieurement, au-dessous de chaque inscription nouvelle, sa signature et le timbre de la conservation. Un exemplaire du plan signé par le chef du service topographique y est joint.

394. — MISE A JOUR DE LA COPIE. — La copie du titre ne peut remplir le rôle que lui assigne le législateur, si elle n'est constamment tenue à jour des modifications, mutations et démembrements que subit la propriété et des charges qui viennent la grever. S'il n'en était pas ainsi, il est clair que les tiers ne devraient lui accorder aucune confiance et que, loin d'être utile, elle risquerait de tromper des personnes peu expérimentées. C'est pourquoi l'art. 374 pose en principe que toute inscription doit être portée en même temps sur le titre et sur la copie et l'art. 375, 1^{er} alinéa, prescrit au conservateur de refuser la formalité lorsque la copie du titre n'est pas produite ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

Toutefois, une dérogation au principe de l'art. 374 a dû être admise pour certains cas où l'inscription à prendre concerne des faits

(1) La délivrance de ces certificats n'a lieu en Tunisie que si les intéressés le demandent, tandis qu'il y est procédé d'office en Afrique Occidentale (art. 120, § 5) et en Indo-Chine (art. 361). *Supra*, n° 388, note.

(2) Elle est connue dans le public sous le nom de « titre bleu ».

(3) Rapport Cambon, p. XXI. Rapport Pontois (*R. A.*, 85 1, 128).

(4) Madagascar, art. 156, 157. Afrique Occidentale, art. 153. Maroc, art. 88 à 90. Indo-Chine, art. 394.

ou stipulations qui ne sauraient être subordonnés à la bonne volonté du propriétaire, détenteur de la copie. On ne pouvait évidemment faire dépendre de la remise au conservateur de cette copie par le propriétaire l'inscription des poursuites exercées à l'encontre de celui-ci par ses créanciers ni, en général, des actes constatant des événements ou des conventions que le propriétaire subit sans pouvoir s'y opposer. L'art. 375, 2^e alinéa, dispose en conséquence que si « les faits ou stipulations » à inscrire « ne supposent pas le consentement des porteurs de la copie » l'inscription aura lieu sur le registre seulement. Cette formule embrasse des cas assez divers : expropriation pour cause d'utilité publique, mutation par décès, hypothèque forcée, cession de rente d'*enzel*, subrogation dans les hypothèques de toute nature, jugement déclaratif de faillite, commandement, saisie, adjudication sur saisie, prénotations d'actions en nullité ou résolution, jugement déclarant nulle une inscription ou prononçant la nullité ou la résolution d'actes inscrits, rectification d'erreur faite d'office. Il y a, comme on le voit, un assez grand nombre de dérogations au principe de l'inscription simultanée sur le registre et la copie. La disposition de l'art. 375 constitue néanmoins une exception; comme telle, elle doit être interprétée restrictivement. Toutes les fois qu'on ne se trouve pas en présence d'un acte qui, d'une manière certaine, entre dans le cadre de l'exception prévue par l'art. 375, 2^e alinéa, la règle reprend son empire et le conservateur est tenu de refuser l'inscription si la copie du titre n'est pas représentée. Il en est ainsi, par exemple, des adjudications à la barre qui ont le caractère de ventes volontaires (licitations, ventes de biens de mineurs, ventes sur conversion de saisie, vente après faillite).

Il est à peine besoin d'observer que le porteur de la copie, dont parle l'art. 375, n'est pas un tiers quelconque qui, en fait, détient cette copie. Ainsi entendus, les art. 374 et 375 n'auraient plus ni sens, ni portée. Le porteur de la copie, c'est le propriétaire de l'immeuble, le seul qui ait droit à cette copie.

C'est bien ainsi que l'a entendu la Cour de cassation dans son arrêt du 16 avril 1931 (*R. A.*, 31, 2, 147 et note *supra*, n° 375) et, à cet égard, l'arrêt ne mérite nullement les critiques qui lui ont été adressées par le commentateur de la *Revue Algérienne*. Il faut retenir de cette note que la rédaction contournée de l'art. 375 est fâcheuse. L'avant-projet de la commission du cadastre (art. 51) et la loi marocaine (art. 89) qui se sont inspirés des art. 374 et 375 de la loi tunisienne en ont corrigé la formule en distinguant selon que la constitution du droit à publier suppose ou ne suppose pas « le consente-

ment du propriétaire inscrit » et non pas « le consentement du porteur de la copie » ce qui désigne bien la même personne, mais est moins clair.

Dans l'art. 375, le législateur avait prescrit au conservateur de notifier aux détenteurs des copies désignés dans les art. 51 et 52 (c'est-à-dire aux propriétaires) les inscriptions qui seraient faites sans leur concours sur le registre seulement. La loi a été modifiée sur ce point. Les notifications par la voie administrative étaient devenues trop nombreuses, elles soulevaient des difficultés pratiques, atteignaient rarement leurs destinataires, surchargeaient inutilement le conservateur et les agents chargés de leur transmission. Le décret du 16 août 1923 a remplacé la notification administrative par une signification extra-judiciaire préalable à l'inscription et faite à la requête des intéressés. Ce système n'est pas lui-même sans défaut, il entraîne des frais et des retards. Il y aurait intérêt à n'exiger la notification que dans certains cas à déterminer où il importe particulièrement au propriétaire d'être averti de l'inscription.

Il importe que la copie du titre, lorsque, par application du 2^e alinéa de l'art. 375, elle se trouve être incomplète, soit mise à jour le plus tôt possible. Aussi l'art. 375 dispose-t-il également que « jusqu'à ce que la concordance entre le titre et la copie ait été établie, il (le conservateur) refusera toute nouvelle inscription requise par les détenteurs de la copie ou avec leur consentement ». Donc, à la première occasion où la copie du titre lui est présentée, le conservateur y reporte d'office les inscriptions et mentions du registre qui n'y figurent pas. La date de cette mise à jour est indiquée sur le registre et sur la copie. Ce n'est qu'après avoir ainsi complété la copie que le conservateur peut accomplir la nouvelle formalité requise.

395. — CERTIFICAT DE CONFORMITÉ. --- En définitive, il arrive assez souvent que la copie ne contienne pas toutes les inscriptions portées au registre. Le propriétaire, avisé par la notification qui lui est adressée en application de l'art. 375, peut présenter sa copie au conservateur pour qu'elle soit mise à jour, mais il prend assez rarement cette initiative. Le plus souvent, il ne produit sa copie que lorsqu'il a besoin de faire inscrire un contrat. Cela peut n'avoir lieu que longtemps après. Les tiers ne doivent donc pas tenir pour nécessairement complète la situation que leur révèle la copie du titre : les inscriptions de commandements, en particulier, sont pour eux un danger redoutable, puisqu'elles mettraient obstacle à la publication des droits qu'ils pourraient acquérir du propriétaire. La loi leur a

réservé un moyen de se préserver de tout risque : ils n'ont qu'à demander un certificat de conformité. L'art. 352 prescrit en effet au conservateur de délivrer à quiconque le requiert un certificat établissant la conformité de la copie avec le titre ⁽¹⁾. Si, précisément, il existe sur le registre des inscriptions non portées sur le double du titre, ils peuvent faire mettre à jour le double en le déposant à la conservation ou se faire délivrer les copies littérales des dites inscriptions que prévoit le même article 352 (*supra*, n° 391).

396. — SUPPRESSION DE LA PLURALITÉ DES COPIES. — Lorsque la propriété était dans l'indivision, il pouvait être délivré autant de copies de titres qu'il y avait de co-propriétaires. Chacune de ces copies appartenait indivisément à tous les propriétaires, ainsi qu'il résultait des termes de l'art. 52, elle était, et elle devait rester, la reproduction intégrale du titre. Il fallait donc que le conservateur exigeât la production de toutes les copies chaque fois qu'une inscription devait être prise du consentement de l'un des communistes. Non seulement cette exigence lui était imposée par la loi, mais elle était une nécessité du système. Cependant il était souvent difficile au co-propriétaire qui voulait faire une opération sur le titre de se procurer toutes les copies. La Cour d'Alger ayant jugé le 26 octobre 1925, contrairement à la jurisprudence du tribunal de Tunis, qu'il n'y avait pas lieu de contraindre les co-propriétaires à déposer leurs copies à la conservation (*R. A.*, 26, 2, 50 et note), le législateur, amené à intervenir, a estimé opportun, pour couper court à ces difficultés, de supprimer la pluralité des copies. Un seul double du titre est actuellement délivré à l'ensemble des propriétaires, chacun d'eux pouvant obtenir un certificat spécial (décret du 5 février 1926 modifiant l'art. 52) ⁽²⁾.

Cette copie unique est la propriété commune des indivisaires et aucun doute ne saurait exister sur l'obligation, pour celui qui la détient en fait, de la mettre à la disposition des autres. Quant aux copies multiples précédemment délivrées, elles sont annulées au fur et à mesure de leur présentation au conservateur. Lorsqu'une inscription est requise sur un titre dont il existe encore plusieurs copies, toutes doivent être déposées à la conservation, ainsi qu'il résulte des considérants et de l'art. 2 du décret du 5 février 1926.

(1) Dans la pratique, on obtient le renseignement verbalement sans aucun délai.

(2) *Idem*, Madagascar, art. 126; Maroc, art 59. En sens contraire, Afrique Occidentale, art. 120, § 5 et Indo-Chine, art. 361.

397. — PERTE DE LA COPIE. — Enfin il était nécessaire de prévoir le cas de perte de la copie. L'art. 376 dispose que le conservateur ne pourra en délivrer une nouvelle que sur le vu d'un jugement du tribunal l'ordonnant ⁽¹⁾. Le tribunal compétent, bien que la loi ait omis de le dire, est le tribunal civil de la circonscription judiciaire où est situé l'immeuble. Le jugement est rendu sur requête, après communication au ministère public. Fort sagement, le Tribunal de Tunis exige qu'une ou plusieurs annonces aient été publiées dans un journal. Il y aurait lieu d'entourer de plus de garanties encore la délivrance de duplicata des copies, car des fraudes diverses sont à craindre.

Mention de la délivrance du duplicata est faite au livre foncier, la copie perdue ou volée est dès lors considérée comme nulle et non avenue et les nouvelles inscriptions ne peuvent avoir lieu que sur la production du duplicata. Si la copie remplacée est présentée au conservateur, celui-ci doit la saisir et la classer à ses archives. Si la copie, au lieu d'être perdue, est en mauvais état ou si elle est surchargée d'inscriptions devenues sans objet, rien ne s'oppose à ce que, sur la réquisition du propriétaire et sans autre formalité, elle soit annulée et remplacée par un duplicata ne comprenant pas les inscriptions radiées.

398. -- AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE L'INSTITUTION. — La copie du titre a été un des principaux facteurs du succès de la réforme foncière. C'est elle qui a popularisé l'immatriculation. On s'accorde à dire qu'elle est un instrument d'information extrêmement pratique et qu'elle apporte dans les affaires immobilières une économie de temps et d'argent et surtout une incomparable clarté. M. Lescure a écrit dans sa conclusion : « C'est le titre mobile, représentatif du sol, l'élément de circulation, la terre y est représentée physiquement par le plan qui y est annexé et juridiquement par les mentions inscrites. A la condition de concorder avec le livre foncier, la copie du titre supprime, pour les intéressés, les recherches préalables sur le registre public, la levée d'états d'inscriptions et comporte vis-à-vis des tiers une force probante absolue » (*op. cit.*, p. 345). La copie du titre a en effet cette double utilité qu'indique M. Lescure : 1° de donner au propriétaire le moyen d'établir à tout instant son droit soit en justice, soit dans ses rapports avec les tiers; 2° de permettre à

(1) Comp. art. 94 de l'avant-projet de la commission du cadastre et Maroc, art. 101 à 103. Madagascar, art. 127. Afrique Occidentale, art. 124. Indo-Chine, art. 365.

ceux-ci de traiter en toute sécurité, pourvu seulement qu'ils soient certains de l'identité et de la capacité de leur co-contractant et qu'ils se soient rendus compte par l'examen des inscriptions antérieures des causes de résolution à eux opposables, sans avoir d'autre vérification à faire que celle de la conformité de la copie avec le livre foncier. Le stellionat est supprimé.

La détention du double du titre garantit à l'acquéreur ou au prêteur qu'on ne pourra pas faire inscrire avant lui et à son détriment, une autre aliénation ou une autre hypothèque.

Nous avons vu (*supra*, n° 375) que, dans l'esprit des auteurs de la loi, le propriétaire devait pouvoir emprunter, tout au moins à court terme, sans hypothéquer, en donnant simplement la copie en gage, comme en Australie, mais que, sur ce point, les espoirs du législateur ne se sont pas réalisés.

En revanche, elle présente un autre intérêt, très important, qui n'avait pas été aperçu en 1885, mais que l'expérience a révélé⁽¹⁾. L'obligation de produire le double du titre à l'appui de toute demande d'inscription constitue une garantie sérieuse contre les manœuvres frauduleuses. L'admission à la publicité du livre foncier des actes sous seings privés fait que cette précaution est ici particulièrement opportune. Dans de nombreux cas, l'inscription d'actes faux est rendue impossible parce que le faussaire serait arrêté dans son entreprise par la nécessité de se procurer la copie du titre.

Enfin, dans le cas de destruction des registres, les copies de titres, dont on réussirait sans doute à réunir le plus grand nombre, seraient d'un secours précieux pour reconstituer le livre foncier.

En regard d'avantages si considérables, il faut signaler quelques inconvénients. La délivrance de copies des titres a pour résultat de doubler les écritures de la conservation. L'expédition des affaires n'en est pas toutefois sensiblement retardée et les frais n'en sont pas très élevés. D'autre part, le conservateur est obligé de contrôler minutieusement la conformité du double avec le titre et ses responsabilités en sont aggravées : on évite, il est vrai, l'établissement d'états, copies et certificats, mais il n'y a compensation que dans une certaine mesure.

Un autre inconvénient, plus grave sans doute, c'est que des personnes, ignorantes des dispositions de la loi, traitent de bonne foi sans exiger la remise de la copie et se trouvent ensuite empêchées de donner la publicité à leurs conventions. Elles risquent d'être grave-

(1) Voir Rapport Massigli à la commission du cadastre, P.-V., fascicule 9, p. 87.

ment lésées. Le plus souvent, elles ne peuvent pas, en effet, être restituées contre les conséquences de cette imprudence; le tribunal n'a pas le pouvoir d'ordonner l'inscription des droits qu'elles ont acquis nonobstant le défaut de présentation de la copie, il peut seulement condamner le co-contractant à déposer le double du titre sous peine d'astreinte ⁽¹⁾ et allouer des dommages-intérêts, ce qui n'a d'efficacité que dans la mesure où le débiteur est solvable. Il est nécessaire que les aliénations ou les hypothèques conventionnelles soient toujours inscrites simultanément sur le registre et sur la copie pour que celle-ci conserve son autorité et son utilité, mais la conséquence, au cas où l'acquéreur n'est pas en mesure de produire la copie, est extrêmement rigoureuse. Le public doit se pénétrer de cette idée qu'il ne faut pas contracter au sujet d'un immeuble immatriculé sans se faire remettre le double du titre. Toutes les fois que le propriétaire ne produit pas ce double et quels que soient les motifs invoqués, les tiers doivent, ou bien s'abstenir, ou bien subordonner le versement du prix convenu ou des fonds prêtés à l'inscription préalable de l'acte.

(1) Le vendeur, en vertu des obligations de délivrance et de garantie d'éviction auxquelles il est tenu, doit mettre l'acquéreur à même de faire inscrire l'acte de vente sur le registre foncier. En conséquence, il ne saurait refuser de déposer à la conservation la copie du titre, même s'il a été convenu qu'il garderait cette copie par devers lui jusqu'au paiement intégral du prix (Alger, 11 juin 1929, non publié).

CHAPITRE II

FORME DES ACTES ET DES INSCRIPTIONS

§ 1. — Actes authentiques et sous seings privés

Actes notariés arabes

399. — ADMISSION DES ACTES SOUS SEINGS PRIVÉS. — Ce qui caractérise la loi tunisienne, au point de vue de la forme des actes à inscrire au livre foncier, c'est que, contrairement aux législations germaniques et à la loi d'Alsace-Lorraine, elle n'exige pas l'authenticité. A l'exception des actes relevant du statut personnel pour lesquels l'authenticité est requise *ad solemnitatem*, tels le contrat de mariage et la donation, tous les autres actes constatant la constitution ou le transfert des droits réels peuvent être établis sous signatures privées. Comme je l'ai indiqué plus haut (n° 278), les constitutions, cessions et mainlevées d'hypothèques sont elles-mêmes dispensées de la forme authentique.

Il n'y avait pas en 1885 — et il n'y a pas encore aujourd'hui — de notariat français. Les contrôleurs civils, faisant fonctions de vice-consuls de France ⁽¹⁾, et les consuls étrangers ⁽²⁾ donnent l'authenticité aux actes qu'ils reçoivent; mais, en général, on ne fait appel à leur concours, onéreux en raison du tarif élevé des droits de chancellerie, que pour les formalités où il est obligatoire : contrats de mariage, donations ⁽³⁾, testaments, partages d'ascendants, inventaires, actes de notoriété. Le plus grand nombre des conventions entre indigènes sont constatés par les notaires tunisiens dans des conditions qui seront précisées ci-dessous. Presque tous les autres actes, c'est-à-dire ceux passés entre européens ou entre européens et indigènes, portant vente, échange, partage, constitution d'usufruit ou de servitude, constitution d'hypothèque, subrogation ou mainlevée,

(1) Loi du 27 mars 1883, art. 16. D. 16 juin 1908.

(2) Italien. D. 1^{er} février 1897, art. 21.

(3) En ce qui concerne la forme des donations, voir Tunis, 27 décembre 1911, *J. T.*, 12, 545.

location, interviennent sans le concours d'officiers publics spécialement qualifiés.

400. — RÉDACTION DES ACTES DANS UNE LANGUE ÉTRANGÈRE. — Les actes destinés à être inscrits sur les registres du conservateur sont généralement établis en français. S'ils sont rédigés en langue arabe ou dans une langue étrangère, ils doivent être accompagnés d'une traduction certifiée exacte par un interprète assermenté auprès du Tribunal mixte. Cela résulte de l'organisation créée par la loi foncière et de l'art. 1^{er} du décret du 16 mars 1892, aujourd'hui remplacé par le décret du 31 décembre 1903.

Un arrêté du Gouverneur général de l'Algérie du 9 juin 1831 a décidé que les actes passés entre européens et indigènes ne seraient valables qu'à la condition d'être écrits dans les langues des deux parties. Sous l'empire de ce texte, les actes écrits dans une langue étrangère à l'une des parties sont, en principe, nuls s'il n'est prouvé que l'intéressé a eu, en fait, parfaite connaissance du contenu de l'acte.

La jurisprudence des tribunaux de Tunisie admet que l'arrêté de 1831 n'a pas été rendu applicable à la Tunisie; la règle qu'il impose n'est pas une des règles de procédure visées par la loi du 27 mars 1883. Au surplus, l'art. 343 de la loi foncière paraît exclure l'application de l'arrêté de 1831 en ce qui concerne les actes présentés à l'inscription. Il n'est donc pas indispensable que l'acte soit bilingue, mais, s'il a été rédigé dans les deux langues, il est nécessaire que la concordance des textes soit certifiée par un interprète assermenté auprès du Tribunal mixte.

401. — MATÉRIALITÉ DES ACTES. — La loi foncière n'a pas réglementé la forme matérielle des écrits présentés à l'inscription. C'est une lacune regrettable, car la présentation des actes est souvent très défectueuse. L'usage de la dactylographie et la découverte de procédés qui permettent de modifier le texte, sans qu'il reste trace des modifications, rendent encore plus nécessaire une réglementation (V. loi française du 24 juillet 1921 complétant la loi sur la transcription du 23 mars 1855).

Même en l'absence de dispositions spéciales, il n'est pas, toutefois, contestable que le conservateur est fondé à exiger un minimum de garanties quant à la matérialité de l'acte et au danger des falsifications. Il peut et doit demander que l'acte soit établi sur du papier

suffisamment résistant et avec une encre indélébile, qu'il n'y ait pas de surcharges, de grattages, d'interlignes ou renvois non approuvés. Afin d'éviter qu'un feuillet puisse, après signature, être remplacé par un autre, tous les feuillets devraient être cotés et paraphés par les parties. Ce sont là des règles élémentaires qu'on est étonné de ne pas voir observer strictement.

402. — ÉNONCIATIONS EXIGÉES PAR LA LOI FONCIÈRE. — Tous actes présentés à l'inscription, qu'ils soient authentiques ou sous seings privés, doivent, conformément à l'art. 343, faire connaître l'état civil des parties contractantes et leur régime matrimonial avec indication de la date du contrat de mariage, s'il en a été fait un, et des nom et résidence de l'officier public qui a reçu ce contrat.

Ces énonciations ont une importance essentielle dans le système tunisien. Elles sont à la base des vérifications que les co-contractants, d'abord, le conservateur, ensuite, doivent faire de l'identité et de la capacité des personnes qui disposent et de celles qui acquièrent. En effet, pour vérifier l'identité des disposants le conservateur rapproche d'abord les noms, prénoms et états civils figurant au titre de propriété et ceux portés sur l'acte. Il trouve également dans les déclarations d'état civil les éléments principaux qui lui permettent d'apprécier la capacité des parties. L'état civil des acquéreurs, mentionné dans l'inscription, servira désormais à identifier les titulaires des nouveaux droits aux yeux des tiers qui traiteront avec eux et fourniront à ceux-ci des indications leur permettant de s'assurer à leur tour qu'ils contractent régulièrement (*Infra*, n° 476).

403. — LÉGALISATION DES SIGNATURES. — En ce qui concerne particulièrement les actes sous seings privés se pose la grave question, qui est pratiquement difficile à résoudre, des garanties propres à éviter les faux. La signature des actes ne peut avoir lieu devant le conservateur qui, d'ailleurs, ne connaît pas personnellement les parties. Il est donc nécessaire que la loi institue un système de justifications légales pour la vérification par le conservateur de l'identité des parties et de la vérité de leurs signatures. La loi y a pourvu, mais bien sommairement et incomplètement, en décidant dans l'art. 343 que les signatures seraient, avant le dépôt, légalisées par diverses autorités qu'elle a qualifiées à cet effet ⁽¹⁾.

(1) La légalisation n'a pas d'autre portée que celle de couvrir la responsabilité du conservateur en cas de faux. On ne saurait penser, avec le Tribunal de Tunis (26 juin 1911, *J. T.*, 12, 218), que l'inscription de faux est seule ouverte pour désavouer une signature légalisée.

Ont qualité pour légaliser les signatures des parties, quelle que soit leur nationalité, le président du Tribunal civil, les juges de paix et les contrôleurs civils, pour légaliser les signatures des européens seulement, les vice-présidents français des municipalités, pour légaliser celles des indigènes seulement, le Premier Ministre ou son délégué, les présidents indigènes des municipalités et les *cadis*. Les consuls, vice-consuls et agents consulaires peuvent procéder à la légalisation en ce qui concerne leurs nationaux ou protégés.

Des décrets successifs, dont le dernier en date est celui du 8 février 1928, ont réglementé, au point de vue administratif, les légalisations de signatures par les présidents et vice-présidents des communes et par les contrôleurs civils. Les signatures doivent être apposées en la présence de l'officier public et après justification par les parties de leur identité. Principe excellent, mais qui comporte malheureusement de trop larges exceptions, car le décret ajoute : « L'apposition des signatures en présence de l'autorité compétente ne sera pas exigée pour les signatures en caractères français lorsqu'elles sont soumises à la légalisation d'une autorité à qui les signatures seront connues ou qui possèderaient d'autres moyens de vérifier leur authenticité ». Il est vrai que le texte dispose encore « les autorités chargées de la légalisation devront s'assurer, par tous les moyens utiles, et notamment par la production de toutes pièces d'identité et de tous témoignages dignes de foi, de l'authenticité des signatures apposées, lorsqu'ils n'auront pas la certitude de cette authenticité par la connaissance personnelle des signataires, et ce sous leur responsabilité ». La responsabilité personnelle des présidents et vice-présidents des communes et des contrôleurs civils peut donc être engagée s'ils ont accordé la légalisation sans prendre les précautions qui leur sont prescrites.

Aucune réglementation n'existe à l'égard des autres autorités à qui la loi foncière a reconnu le pouvoir de certifier l'identité des parties. De même, la loi foncière ne contient pas de dispositions qui soient applicables aux actes passés hors de la Tunisie. Il convient d'admettre que la légalisation effectuée dans les formes locales a la même valeur que celle prévue par l'art. 343. A l'étranger, la qualité de l'autorité qui légalise doit être certifiée par l'autorité consulaire française. En France, il n'y a pas de législation d'ensemble au sujet des légalisations de signatures : la légalisation des actes privés est généralement donnée par le maire. Certaines décisions de jurisprudence ont admis que la responsabilité de l'agent qui procède à la lé-

galisation pourrait être engagée si les précautions indispensables n'avaient pas été prises, notamment lorsque la signature n'a été ni apposée ni reconnue en sa présence (Cass., 11 juillet 1876, D. 77, 1, 25. Cass., 20 janv. 1896, D., 96, 1, 572. Trib. Lyon, 21 nov. 1902, *Gaz. Trib.*, 1^{er} déc. 02).

404. — PARTIES ILLETTRÉES. — En raison de l'absence de notariat, la loi n'a pas exigé l'authenticité de l'acte, même lorsque l'une des parties est illettrée ou ne peut signer. Elle a institué dans ces cas une formalité spéciale appelée « reconnaissance de l'écrit », à laquelle il peut être procédé par l'une quelconque des autorités de la Régence qui sont qualifiées pour légaliser les signatures; il est fait lecture de l'acte à la partie qui ne sait ou ne peut signer avec traduction orale par un interprète, s'il y a lieu, et en présence de deux témoins « du sexe masculin sachant signer et ayant la capacité nécessaire pour contracter ». La loi foncière n'a pas autrement réglementé cette formalité ni déterminé la responsabilité incombant à l'agent qui y procède et aux témoins. Il découle suffisamment des principes du droit commun que les témoins qui certifient l'identité de la partie comparante sont responsables en cas de substitution de personnes, civilement dans tous les cas et pénalement s'ils se sont rendus complices d'un faux. Celle du magistrat ou fonctionnaire et celle de l'interprète auraient besoin d'être précisées, aussi bien pour le cas où toutes les précautions n'auraient pas été prises au sujet de la vérification de l'identité que pour celui où la partie n'aurait pas eu réellement connaissance des clauses de l'acte par suite d'une lecture incomplète ou d'une traduction inexacte.

405. — ACTES NOTARIÉS ARABES. — L'art. 343 de la loi foncière dispose que les actes des notaires tunisiens doivent être signés par les parties et que les signatures doivent être légalisées. Mais cette disposition se trouve modifiée par l'art. 3 du décret du 16 juillet 1899 aux termes duquel « les écrits des notaires tunisiens produits devant le Tribunal mixte ou à la conservation feront foi de leur contenu dans les limites prévues par les lois spéciales ». Le notariat musulman est aujourd'hui régi par un décret du 1^{er} juillet 1929 ⁽¹⁾; le notariat israélite est réglementé par des décrets du 12 septembre 1887 et 21 février 1918. Le décret de 1929 définit les notaires « des témoins

(1) Un décret du 4 avril 1887 prescrit aux *cadis* d'autoriser les notaires à recevoir tous actes relatifs au statut personnel des algériens.

officiels établis pour dresser conformément à la loi, tous les actes et contrats auxquels l'autorité ou les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité ». L'identité des comparants est vérifiée par les notaires; ceux-ci sont tenus de se faire certifier cette identité par des témoins lorsque les parties ne sont pas connues d'eux (art. 21). Il était de jurisprudence constante que les actes passés entre indigènes faisaient foi de leur contenu quand bien même les parties n'y auraient pas apposé leur signature; qu'au contraire, ils n'étaient opposables aux européens que si ceux-ci avaient signé. Aujourd'hui, les parties doivent toujours apposer leurs signatures ou, si elles ne peuvent signer, leurs empreintes digitales sur un registre-brouillard sur lequel les engagements pris par elles sont consignés séance tenante et en leur présence par les notaires (art. 19 du décret précité).

§ 2. — Dépôt des actes. Inscription

406. — REMPLACEMENT DE LA TRANSCRIPTION PAR L'INSCRIPTION. — Comme il a été indiqué, les actes ne sont pas littéralement reproduits sur les registres, ils sont analysés.

L'inscription a sur la transcription des avantages incontestables : les actes sont longs, encombrés de formules, il y a tout intérêt à dégager du fatras que, trop souvent, ils représentent, un résumé bref et clair ⁽¹⁾.

Tous les pays qui ont adopté la publicité par feuillets réels ont écarté le système de la transcription. Dans la plupart d'entr'eux, l'inscription se réduit à des écritures très sommaires susceptibles de figurer dans un tableau synoptique. Ce n'est pas absolument ainsi, nous l'avons vu, qu'a été organisé le livre foncier tunisien : l'inscription y est une analyse de l'acte de laquelle sont exclues les clauses purement personnelles aux parties, mais où sont notées toutes celles qui sont susceptibles d'intéresser les tiers.

Exceptionnellement, pour des clauses secondaires qu'il serait difficile de résumer sans risque de les déformer ou trop long de reproduire entièrement, l'inscription renvoie aux actes. Mais, d'une manière générale, elle est, quoique concise, assez complète pour que sa lecture dispense les tiers de toute autre recherche.

(1) A vrai dire, la loi foncière, empruntant l'expression du code de procédure, parle de transcription de saisie. Mais il ne faut pas se méprendre à cette terminologie déficiente. L'art. 351 dispose que « les transcriptions de saisie sont portées... au moyen de mentions sommaires sur le registre des titres de propriété ». Les procès-verbaux de saisie sont donc inscrits et non transcrits.

407. — RÉDACTION DE L'INSCRIPTION. SUPPRESSION DES BORDEREAUX D'INSCRIPTION. — La rédaction de l'inscription est, en Tunisie, l'œuvre du conservateur. L'art. 362, dans sa forme primitive, imposait aux parties l'obligation de déposer un bordereau en double exemplaire contenant les éléments de l'inscription. Ce système eut, sans doute, simplifié la tâche du conservateur s'il avait pu fonctionner, c'est-à-dire si les bordereaux avaient été établis correctement. Mais il semble que les bordereaux déposés ont été presque toujours inutilisables. Le conservateur était obligé de les faire refaire ou même de les refaire lui-même. Il n'en résultait que des retards et un surcroît de besogne. Lors de la révision de 1892, l'art. 362 a été modifié. Aujourd'hui, le conservateur dégage des actes, à ses risques et périls, les éléments inscriptibles. Cela ne va pas sans difficultés en raison de la médiocre rédaction des contrats sous seings privés et de la singularité des conventions qui interviennent entre personnes le plus souvent ignorantes du droit. Le conservateur a la ressource, qu'on ne saurait lui dénier, d'exiger, si besoin est, un acte complémentaire explicatif. C'est l'équivalent du bordereau signé par les deux parties avec cette différence qu'on n'y recourt qu'exceptionnellement.

Il est intéressant de signaler qu'il en est de même au Maroc. Comme la loi tunisienne, le *dahir* du 12 août 1913 prévoyait le dépôt de bordereaux pour les inscriptions (art. 69) et de réquisitions pour les radiations (art. 93). Mais le *dahir* du 1^{er} juin 1915, édictant des dispositions transitoires, a dispensé, jusqu'à nouvel ordre, les parties d'établir ces documents « sous condition de fournir, le cas échéant, par écrit, ... toutes indications ou précisions complémentaires utiles demandées par le conservateur ».

On peut conclure de cette double expérience que, dans une législation qui admet à l'inscription les actes sous seings privés, le seul système possible est celui qui laisse le conservateur juge de ce qu'il convient d'inscrire. Ce système a assurément l'inconvénient d'accroître le travail du conservateur et d'alourdir sa responsabilité; mais en Tunisie, jusqu'à ce jour, il a assuré, au prix d'un effort constamment attentif, la tenue irréprochable du livre foncier : les inscriptions conçues suivant des formules, dont les termes ont été pesés, sont à la fois concises, claires et complètes; leur exactitude et leur précision sont rarement en défaut.

Le bordereau ne jouerait de rôle utile que s'il était établi en forme authentique par des officiers publics spécialisés et responsables. Son institution est donc subordonnée, en Tunisie, à l'institution du notariat français. L'inscription des actes authentiques pourrait alors avoir

lieu sur le dépôt du bordereau signé par le notaire. C'est cependant au conservateur que devrait être encore réservé le soin d'arrêter les termes de l'inscription, car il est logique que ce fonctionnaire, ayant le contrôle du bien fondé de la demande d'inscription, ne soit pas astreint à un rôle purement passif en ce qui concerne l'accomplissement même de la formalité et il est nécessaire qu'une parfaite unité de vues préside à l'élaboration de la publicité. Mais le travail du conservateur serait dégrossi par l'analyse de l'acte contenu dans le bordereau et sa responsabilité allégée.

408. — RÉQUISITION D'INSCRIRE. INSCRIPTIONS PRISES D'OFFICE. — Le conservateur ne peut inscrire un acte ou écrit quelconque sans en être expressément requis par les intéressés. Cela résulte des art. 357 et suivants de la loi. Sous le régime de la publicité réelle, il peut arriver qu'un acte intéressant plusieurs immeubles appartenant au même propriétaire soit inscrit sur les titres de certains de ces immeubles et ne le soit pas sur les autres. Il appartient aux parties de faire combler cette lacune; elles supporteraient seules éventuellement les conséquences de leur négligence. Elles sont seules juges de l'opportunité de l'inscription et le conservateur n'a pas à prendre d'initiative en cette matière.

La règle ne souffre que deux exceptions énoncées dans l'art. 358 : le conservateur est tenu d'inscrire d'office le privilège du crédi-rentier de l'*enzel* lorsqu'il inscrit une cession à *enzel* et l'hypothèque du vendeur lorsqu'il inscrit une vente judiciaire (*supra*, n^{os} 242, 309).

409. — OBLIGATIONS DE CELUI QUI REQUIERT UNE INSCRIPTION. — Le conservateur n'exige pas, en général, de réquisition écrite. Le dépôt régulier des pièces vaut réquisition d'inscrire tous les droits réels résultant de l'acte. Si la réquisition est limitée à certains immeubles ou à certaines clauses, une dispense, par écrit, d'inscrire en ce qui concerne le surplus est exigée du déposant.

La personne qui requiert l'inscription peut être la partie intéressée elle-même ou son mandataire. Le mandat de requérir inscription résulte suffisamment de la détention du dossier; il n'est pas d'usage et aucune disposition ne prescrit au conservateur d'en demander la justification.

Le requérant doit déposer : 1^o l'original ou une expédition en due forme de l'acte à inscrire; 2^o s'il y a lieu, les originaux ou expéditions des pièces propres à justifier la régularité de l'acte à inscrire (procurations, délibérations de conseil de famille, jugements portant

autorisation ou homologation, actes ou contrats de mariage, dossier de constitution de société, etc.); 3° la copie du titre de propriété, sauf dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 375, alinéa 2 (*supra*, n° 394); 4° si l'acte concerne non pas l'immeuble entier, mais une partie divise, un plan de lotissement établi par le service topographique (*supra*, n° 387). A défaut de production de l'un des documents nécessaires, la réquisition d'inscrire est irrégulière et le conservateur doit opposer un refus.

Les conditions de forme auxquelles doivent satisfaire les contrats seront étudiées dans le chapitre relatif au contrôle du conservateur.

410. — DÉPÔT DES ACTES. — Les actes sont reçus après un examen sommaire et le dépôt en est immédiatement constaté sur un registre-minute. Si le déposant le demande, une reconnaissance lui est délivrée. Mais le dépôt ne doit être tenu pour définitif qu'après vérification approfondie de la régularité de la demande d'inscription. La question de savoir si un acte peut et doit être inscrit exige un examen minutieux et délicat qui ne saurait avoir lieu au guichet de réception ni être effectué par le conservateur séance tenante. Il appartient à l'intéressé de venir s'assurer, après le temps normal nécessaire, du résultat de la vérification. Le délai n'excède pas d'ailleurs, dans la pratique, 48 heures. A ce moment seulement, le dépôt peut être constaté sur le registre officiel des dépôts. L'inscription prend rang du jour où elle a été requise.

411. — REGISTRE DES DÉPÔTS. — Le registre des dépôts prévu par l'art. 344 mentionne dans l'ordre de leur réception les actes déposés régulièrement à fin d'inscription ou radiation. Les pages sont cotées et paraphées par l'un des juges du tribunal civil (art. 349). Les mentions sont portées sans blanc ni interligne (art. 380). Le registre est arrêté par le conservateur à la fin de chaque journée.

Le registre des dépôts est le seul qui soit tenu en double (art. 345). L'un des doubles est déposé dans les trente jours après sa clôture au greffe du tribunal civil. Il servirait, en cas de destruction des registres et des archives du conservateur, de base à la reconstitution des titres de propriété (D. 14, juin 1886, art. 19) ⁽¹⁾.

Le conservateur tient également une table du registre des dépôts. Cette table, ouverte par titre de propriété, indique, en regard du

(1) L'utilité que présenteraient dans cette éventualité les copies des titres délivrées aux propriétaires a été signalée, n° 398.

numéro de chaque titre, les volume et numéro du registre des dépôts qui intéressent chaque immeuble. Elle permet de s'assurer que toutes les inscriptions requises ont été inscrites sur les titres. Eventuellement, elle servirait de guide pour reconstituer soit le registre des dépôts, soit les titres de propriété.

412. — DES DIFFÉRENTES SORTES D'INSCRIPTIONS. — On peut distinguer les inscriptions proprement dites, les mentions et les prénotations.

Les inscriptions proprement dites, qui sont portées les unes à la suite des autres, suivant leur ordre chronologique, dans la partie principale des feuillets du titre ⁽¹⁾, sont celles relatant les immatriculations, les modifications à la consistance de l'immeuble, les transmissions de la propriété, les constitutions de droits réels et d'hypothèques, les baux, les faillites, les commandements, les saisies. Les inscriptions provisoires d'hypothèques forcées appartiennent également à cette catégorie.

Les mentions, qui sont portées dans la marge en face de chaque inscription, relatent les actes qui ont pour effet de modifier, réduire, transférer ou éteindre les inscriptions autres que celle du droit de propriété, (réduction, cession ou extinction d'une rente d'*enzel* ou d'un usufruit, modification dans l'exercice d'une servitude, subrogation, réduction ou radiation d'hypothèque, cession ou résiliation de bail, concordat, sommation aux créanciers dans la procédure de saisie, radiation de commandement ou de saisie).

Les prénotations sont les inscriptions des demandes en justice que prévoit l'art. 53 et que j'étudierai au chapitre de la force probante. J'indique tout de suite que le mot prénotation n'est pas employé par la loi, mais il est devenu usuel dans les études juridiques publiées en France sur le régime des livres fonciers et est utile pour désigner des inscriptions d'une nature toute particulière.

§ 3. Nullités des inscriptions. Rectifications

413. ENONCIATIONS PRESCRITES PAR LA LOI. — L'art. 360 dispose que toutes les inscriptions devront « mentionner, à peine de nullité, la date à laquelle elles ont été effectuées ».

Cette date est celle qui résulte du registre des dépôts, c'est-à-dire la date à laquelle le conservateur a été régulièrement requis de pro-

(1) *Supra*, n° 388.

céder à l'inscription. Pour qu'il ne puisse jamais y avoir de doute sur l'ordre des inscriptions, les volume et numéro du registre des dépôts sont rappelés en tête de chacune d'elles : la loi ne l'a pas prescrit, mais les feuillets du registre des titres comportent des colonnes *ad hoc*.

L'art. 368 prévoit en outre que les inscriptions indiqueront : pour la propriété, le propriétaire — pour l'*enzel*, le propriétaire (lire l'*enzeliste*), le crédi-rentier et le montant annuel de la rente — pour l'usufruit, l'usage, l'emphytéose, et la superficie, le propriétaire et l'usufruitier, l'usager, l'emphytéote et le superficiaire — pour les servitudes, le fonds servant sur le titre de propriété du fonds dominant ⁽¹⁾ et réciproquement — pour l'antichrèse et l'hypothèque, le propriétaire (lire : le débiteur), le créancier et le montant de la créance — pour les baux, le locataire et le loyer annuel (ajouter la durée du bail, art. 372).

Il est évident que cette énumération est fort incomplète. Il eût mieux valu ne rien dire que de se borner à dire par exemple que l'inscription de la propriété indiquera le nom du propriétaire, ce qui allait de soi. La loi omet d'ordonner que les inscriptions soient signées par le conservateur, qu'elles relatent la nature du droit à inscrire, le mode d'acquisition, la nature et la date de l'acte, toutes choses qui sont cependant essentielles. Même écrite avec plus de soin, la réglementation eût toujours été incomplète, car les énonciations nécessaires sont susceptibles de varier à l'infini suivant les conventions à inscrire. L'avant-projet de la commission du cadastre et la loi marocaine ont eu raison de laisser au conservateur, sous sa responsabilité, la charge de les déterminer.

414. — NULLITÉS DES INSCRIPTIONS. — Ce qu'il faut particulièrement retenir des dispositions de la loi, c'est que la nullité est prononcée seulement pour le défaut de date. Ceci est très important. Non pas qu'il faille en conclure, d'une manière absolue, que l'inscription ne puisse pas être nulle en la forme pour d'autres motifs. A côté des nullités expresses, il existe des nullités virtuelles. « Tout acte est soumis par la loi même de sa nature à des conditions tellement inhérentes à son objet qu'il n'existe que par elles et avec elles. Il en résulte évidemment qu'une écriture quelconque, même datée et signée par le conservateur, ne peut être une inscription. Pour qu'elle mérite ce nom et qu'elle ait une valeur comme telle, il faut qu'elle

(1) Prescription inapplicable, *infra*, n° 429.

puisse venir en aide aux intérêts que la publicité doit protéger » ⁽¹⁾. Mais puisque la loi a édicté la nullité pour le défaut de date, et seulement dans ce cas, la nullité est, dans toute autre hypothèse, une question de fait, non de droit ⁽²⁾. On ne saurait donc étendre aux inscriptions du livre foncier tunisien la jurisprudence française antérieure à la loi du 1^{er} mars 1918 sur les nullités des inscriptions d'hypothèques qui a donné lieu à tant de difficultés et qui était si périlleuse pour le crédit. La règle d'appréciation qui s'impose tout naturellement aux tribunaux est ce principe de raison et d'équité qu'il n'y a pas de nullité sans grief. Les inscriptions ne peuvent être déclarées nulles que si l'irrégularité commise a effectivement lésé les intérêts des tiers et seulement sur la poursuite de la partie lésée. Au contraire si la publicité, quoique imparfaite, a, néanmoins, rempli son office qui est d'éclairer les tiers, il y a lieu d'écarter la demande en nullité dont le succès serait une prime donnée à la mauvaise foi ⁽³⁾.

415. — ELECTION DE DOMICILE. — « Toute personne, au nom de laquelle une inscription est prévue, doit faire élection de domicile en Tunisie, au chef-lieu d'une justice de paix. Faute de quoi toutes significations lui seront valablement faites au greffe de la justice de paix dans le ressort de laquelle sont situés les immeubles » (art. 350). L'omission de l'élection de domicile dans une inscription d'hypothèque ou autre n'est donc sanctionnée par la nullité en aucun cas. Le bénéficiaire de l'inscription a la faculté de changer le domicile par lui élu (art. 350, al. 2).

416. — RECTIFICATION DES INSCRIPTIONS IRRÉGULIÈRES. — Aux termes de l'art. 355 « lorsque des omissions ou des erreurs auront été commises dans le titre de propriété ou dans les inscriptions, les parties intéressées pourront en demander la rectification. Le conservateur pourra en outre rectifier, d'office et sous sa responsabilité, les irrégularités provenant de son chef ». La distinction entre les erreurs commises « dans le titre de propriété » et celles commises « dans les inscriptions » est assez obscure : les premières sont celles commises dans les inscriptions initiales qui résultent de la décision du

(1) Rapport Massigli à la commission du cadastre. P.-V., fascicule 9, p. 118.

(2) Par voie de conséquence le recours en cassation n'est pas ouvert.

(3) Comp. la loi hypothécaire belge, art. 85 et la loi française du 1^{er} mars 1918 (nouvel art. 2148 C. civ.). En cas de révision de la loi foncière, il y aurait tout intérêt à adopter une disposition analogue.

Tribunal mixte, les secondes sont celles commises dans les inscriptions ultérieures auxquelles le conservateur a procédé directement. Nous avons vu (*supra*, n^{os} 100, 101) que, la situation juridique de l'immeuble étant consacrée d'une manière définitive par l'immatriculation, les inscriptions prises en conformité du jugement du Tribunal mixte ne sont susceptibles d'aucune modification si elles touchent au fond du droit et que, d'autre part, les décrets des 25 février et 19 mars 1897 ont réglé d'une manière spéciale la rectification des erreurs matérielles ou omissions provenant des agents de l'immatriculation. L'art. 355 demeure applicable aux autres cas, c'est-à-dire : 1^o aux erreurs initiales du titre non imputables aux agents de l'immatriculation, à la condition qu'elles ne soient pas des erreurs de fond dont la rectification serait susceptible de porter atteinte aux droits des tiers (Tunis, 7 mars 1898, *J. T.*, 98, 228; Tunis, 22 novembre 1903, *J. T.*, 06, 94); 2^o à toutes erreurs qui seraient relevées dans les inscriptions du conservateur.

En ce qui concerne ces dernières, le conservateur peut toujours procéder à la rectification sous sa responsabilité, sans qu'une autorisation de justice soit nécessaire. Il y procède d'office, si l'erreur a été commise par lui, sinon à la demande des parties ⁽¹⁾. Il est en effet de l'intérêt de tous, des parties et du conservateur, de ne pas laisser se perpétuer une inexactitude ou une omission. La rectification ne peut préjudicier aux tiers, car l'art. 355 ajoute : « Dans tous les cas, les premières inscriptions devront être laissées intactes et les corrections seront inscrites à la date courante ». L'erreur est donc réparée pour l'avenir seulement. Les droits antérieurement inscrits au profit de sous-acquéreurs ou créanciers de bonne foi demeurent intacts.

L'art. 356 dispose qu'en cas de refus du conservateur le tribunal peut ordonner les corrections nécessaires.

(1) Lorsque la rectification a lieu d'office, elle peut être faite sans la production de la copie du titre (*supra*, n^o 394).

CHAPITRE III

PRINCIPE DE LA PUBLICITÉ

§ 1. — Etendue de la règle de publicité

417. — GÉNÉRALITÉ DE LA RÈGLE. — Des trois principes qui sont à la base du système des livres fonciers : publicité, force probante, légalité, le premier est celui qui a été formulé avec le plus d'insistance dans les rapports qui ont accompagné la promulgation de la loi tunisienne et dans la loi elle-même. Le rapport Pontois annonce « la disparition de toutes charges occultes » et le rapport Cambon déclare que la publicité « domine tout le système de la loi nouvelle ». Les art. 15 et 342 disposent que « tout droit réel immobilier n'existe à l'égard des tiers que par le fait et du jour de son inscription » et l'art. 343 ordonne que soient constatés par écrit et inscrits sur le titre « tous faits ou conventions ayant pour effet de transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier, d'en changer le titulaire ou de modifier toute autre condition de son inscription » ⁽¹⁾.

Une différence profonde apparaît de prime abord entre ces dispositions et celles en vigueur en France. Sous le régime du code civil, complété par la loi du 23 mars 1855, les actes intéressant la propriété immobilière et ses démembrements ne sont soumis à la transcription sur les registres publics que dans des cas limitativement prévus. Au contraire, la loi tunisienne ne procède pas par voie d'énumération, mais édicte, en termes larges et généraux, l'obligation de rendre publique toute constitution, transmission, modification ou extinction des droits réels. La publicité est la règle, la clandestinité l'exception. Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait un texte ordonnant spécialement l'inscription d'un acte quelconque, il suffit que cet acte soit relatif à un droit réel et qu'aucune disposition ne l'ait dispensé de la publicité pour qu'on doive considérer l'inscription comme exigée. Les textes mêmes qui instituent des dérogations sont à interpréter restrictivement.

(1) Mêmes formules dans les législations de Madagascar (art. 18, 128, 129; du Congo (art. 41) et du Maroc (art. 65, 66). Voir également Afrique Occidentale (art. 21) et Indo-Chine (art. 316 et 373).

La généralité de l'application de la publicité ressort principalement de ce que la loi tunisienne a organisé l'inscription des mutations par décès, légales ou testamentaires, et celle des actes déclaratifs. Il n'y a pas sans doute les mêmes raisons de faire figurer au livre foncier les transmissions à cause de mort que les transmissions contractuelles, l'héritier étant investi de plein droit de la propriété des biens du défunt. Mais cette publicité est d'une très grande utilité pour les tiers. « Il importe aux tiers de savoir en quelles mains le décès fait passer la propriété, si le nouveau titulaire a un droit exclusif à l'hérédité ou s'il le partage avec d'autres » ⁽¹⁾. Toute publicité qui n'embrasse pas les dévolutions successorales ne peut être que fragmentaire et incomplète. L'inscription des mutations à cause de mort permet d'établir l'origine de la propriété, de connaître, sans solution de continuité, l'histoire de l'immeuble et de savoir, à toute époque, sans recherches extérieures, quels sont ou quels ont été les titulaires des droits inscrits.

La publicité des actes déclaratifs est le corollaire de celle des mutations par décès. On s'accorde d'ailleurs à reconnaître que la clandestinité des partages est une des lacunes les plus graves du régime de la transcription. C'est le partage qui rend définitif le droit de l'héritier et lui permet de disposer d'une manière irrévocable. Son inscription importe aux tiers autant que celle des actes translatifs « Qu'un ex-communiste se donne comme titulaire d'une part indivise et la cède en cette qualité alors que ses droits sont déjà définis et limités par le partage ou que le vendeur d'un immeuble en opère de nouveau la vente, alors qu'il a déjà transmis son droit de propriété, le piège est identique » ⁽²⁾.

418. — EXCEPTIONS. — Les exceptions à la règle de publicité prévues par la loi sont celle relative aux servitudes naturelles et légales résultant de l'art. 154 et celle relative aux privilèges des frais de justice et du trésor résultant de l'art. 228. Il faut également se rappeler qu'en vertu de l'art. 42, l'immatriculation ne porte pas atteinte aux droits de l'Etat sur les parties du domaine public qui sont incorporées dans le bornage et que ces droits subsistent indépendamment de toute inscription.

Ces diverses exceptions sont évidemment restreintes, mais il y aurait intérêt à les réduire encore. J'ai dit ailleurs (*supra*, n° 433) que

(1) DE FRANCE DE TERSANT, *op. cit.*, (R. A., 91, 1, 206).

(2) Rapport Massigli, P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 9, p. 102.

l'organisation de l'immatriculation en ce qui concerne la délimitation du domaine public était défectueuse et pourrait être facilement améliorée. Quant au privilège du trésor, j'ai suffisamment critiqué (n° 241) la clandestinité dont il jouit pour qu'il n'y ait pas lieu d'y revenir.

La dispense de publicité qui concerne les servitudes naturelles et légales est, au contraire, justifiée, car les textes qui concernent les limitations, improprement appelées servitudes, constituent le droit commun de la propriété foncière. Toutefois l'art. 154 doit être interprété étroitement, étant une disposition d'ordre exceptionnel⁽¹⁾ : si la mise en œuvre de la servitude donne lieu à un règlement pour en fixer l'assiette et le mode d'exercice, ce règlement, comme toute autre convention relative à un droit réel, n'est opposable aux tiers que par l'inscription (En ce sens, Lescure, *op. cit.*, p. 294).

§ 2. — Rôle et portée de la publicité

419. — TRANSFERT DES DROITS RÉELS PAR LE CONSENTEMENT. — En droit allemand, dans le système Torrens et dans la plupart des législations étrangères qui se sont inspirées de l'un ou de l'autre, la convention ne transfère par les droits réels. Elle crée entre les parties l'obligation de les transmettre, mais l'inscription seule a la vertu d'en opérer le transfert. L'acheteur ne devient pas propriétaire par le contrat, mais par l'inscription. Jusqu'à l'inscription, il est seulement créancier du vendeur, sur la tête duquel la propriété continue à reposer. On retrouve ainsi, dans les lois les plus modernes, l'antique distinction romaine entre les droits réels dont la constitution exigeait certaines solennités et les droits de créances qui naissaient des contrats. En France, nous nous sommes peu à peu affranchis de la *traditio* comme d'un formalisme périmé. Mais les formes abolies chez nous ont été restaurées à l'étranger en vue d'un intérêt nouveau : donner plus de force au principe de publicité en faisant de l'inscription la condition du transfert.

La loi tunisienne, œuvre de conciliation entre le code civil et l'*Act Torrens*, s'en est tenue au principe français de la transmission de la propriété par le simple consentement des parties⁽²⁾. Aucune atteinte

(1) C'est par erreur, à mon avis, que la Cour d'Alger a déclaré dans les motifs d'un arrêt du 9 novembre 1932 que la mitoyenneté d'un mur pouvait n'être pas inscrite en raison des dispositions de l'art. 154.

(2) Il avait été d'abord proposé de subordonner à l'inscription le transfert des droits réels (Rapport du Premier ministre et avant-projet, art. 12 et 28. *R. A.*, 85, 1, 41 et 45) et le législateur de 1885 paraît avoir voulu adopter cette idée à en juger par les termes de l'art. 342 primitif (Dain, *R. A.*, 85, 1, 311), mais le texte a été modifié en 1886 par l'adjonction des mots « à l'égard des tiers ». *Infra*, n° 455.

n'est portée aux art. 711, 1.138 et 1.583 C. civ., qui sont pleinement applicables aux immeubles immatriculés. L'inscription n'a pas pour fonction de créer ou transférer les droits réels, elle est une formalité extrinsèque instituée dans l'intérêt des tiers, mais sans influence sur les rapports des parties. L'acquéreur est propriétaire, qu'il ait fait inscrire ou non ⁽¹⁾.

Le maintien de la règle du code civil a été longuement discuté à la commission française du cadastre de 1892. Après avoir été d'abord consacré par plusieurs votes de la sous-commission juridique, il a été finalement abandonné dans l'avant-projet définitif (art. 10) et nous voyons la loi marocaine qui s'est inspirée des conclusions de la commission du cadastre décider que les contrats « ne produisent effet, même entre parties, qu'à dater de l'inscription, sans préjudice des droits des parties pour l'inexécution de leurs conventions » (D., 12 août 1913, art. 67; D., 2 juin 1915, art. 2). Au contraire, en Alsace et Lorraine (art. 40), au Congo (art. 41), en Afrique Occidentale (art. 21), à Madagascar (art. 18) et en Indo-Chine (art. 187), on a conservé, comme en Tunisie, le principe du transfert de la propriété et des droits réels par le consentement.

Les principaux arguments que l'on donne à l'appui de la thèse contraire sont, l'un d'ordre spéculatif, l'autre d'ordre utilitaire.

Il n'est pas logique, dit-on, qu'un droit absolu, exclusif, comme le droit réel, ne s'impose pas à tous au même moment, qu'il existe entre les parties du jour du contrat et au regard des tiers du jour de l'inscription. Le principe du code civil était rationnel lorsque la propriété était transmise à l'égard de tous par le contrat. La réforme de 1855 en a détruit l'harmonie. Dans un système essentiellement basé sur la publicité et la force probante des inscriptions, cette harmonie doit être rétablie en faisant, de la mutation sur le livre foncier, le point de départ, même entre parties, du déplacement du droit réel. Mais on répond à cela que, sans détruire le principe du transfert de la propriété par le consentement, la loi peut subordonner à des conditions de preuve et de publicité le droit, pour les parties, d'opposer ce transfert à certaines personnes. En tant que droit absolu, la propriété est transmise par l'effet du contrat, mais, dans les rapports personnels de son titulaire avec les tiers, la transmission n'est susceptible d'être invoquée à l'encontre de ces derniers que moyennant

(1) Donc s'il a revendu l'immeuble avant d'avoir fait inscrire sa propre acquisition, cette revende n'est pas nulle comme portant sur la chose d'autrui, ainsi que l'a jugé, par une erreur certaine, le Tribunal de Tunis, le 9 novembre 1927 (*J. T.*, 28, 133).

l'accomplissement d'une formalité protectrice qui est l'inscription. Il en était ainsi, même avant 1855, par l'effet des règles de la preuve, l'acheteur ne pouvant se prévaloir de son contrat contre les tiers que si celui-ci avait acquis date certaine.

L'argument pratique est qu'on assurerait mieux l'application de la publicité si l'on subordonnait le transfert à l'inscription. En permettant à l'acquéreur de devenir propriétaire par le seul effet de la convention, on prive l'obligation d'inscrire de sa sanction la plus énergique. L'expérience faite en France depuis 1855 a prouvé que beaucoup d'actes n'étaient pas soumis à la transcription. On laisse se créer et se perpétuer des situations de fait contraires aux énonciations des registres, une propriété inférieure, « morganatique », a-t-on dit, à côté de celle qu'a voulu organiser le législateur « Que, par l'imprévoyance ou l'incurie d'un acheteur, une vente ne soit pas rendue publique, il peut entrer ainsi dans la circulation un droit de propriété imparfait, dont la fragilité ne se révélera peut-être qu'à la suite de plusieurs mutations et qui s'évanouira sur la revendication d'un tiers ayant-cause du premier vendeur, en laissant les divers acquéreurs aux prises dans une série d'actions et de recours plus ou moins efficaces » ⁽¹⁾. Je me garderai de dire que le péril ainsi dénoncé est imaginaire, encore qu'il ne faille pas le grossir excessivement. J'ai indiqué ce danger en proposant, pour la Tunisie, comme un remède approprié, le rétablissement partiel de la prescription ⁽²⁾. J'aurai encore d'autres occasions d'en aborder le sujet. Si la règle du droit allemand devait avoir pour résultat de faire que tout contrat soumis à la publicité soit immédiatement inscrit, il faudrait, sans hésiter adopter cette règle. Mais la sanction qui serait ainsi donnée à l'inobservation des prescriptions légales serait-elle plus efficace que d'autres sanctions déjà existantes ou qu'il serait possible d'instituer ? Sans doute, il n'y aurait plus de propriété occulte si, par la volonté du législateur, l'acquéreur non inscrit se voyait refuser la qualité de propriétaire. Mais il y aurait toujours des états de fait contraires à la loi; il y aurait toujours des gens ignorants ou inexpérimentés qui, sans exécuter les formalités, achèteraient, paieraient le prix, entreraient en possession, cultiveraient, construiraient, amélioreraient, en un mot agiraient comme s'ils étaient propriétaires, puis un jour se verraient menacés d'éviction, seraient obligés de s'engager dans des procès ruineux et perdraient finalement le fruit de leur travail. Que

(1) Rapport Massigli, P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 9, p. 64.

(2) *Supra*, n° 176.

ce résultat rigoureux de leur incurie les atteigne en tant que propriétaires ou en tant que créanciers, c'est seulement une différence de mots, une subtilité de juristes. En réalité, la sanction qui rend les contrats non inscrits inopposables aux tiers engage, avec une suffisante énergie, tout acquéreur, capable d'en comprendre la portée, à accomplir la formalité ⁽¹⁾. Priver la convention de l'effet auquel nous sommes accoutumés, n'y inciterait pas plus efficacement l'acquéreur inhabile. L'idée que la propriété n'est pas transmise lorsqu'on a été d'accord pour qu'elle le soit, qu'elle n'est pas transmise même si la chose vendue a été livrée et le prix payé, est une idée qui s'oppose trop à nos conceptions, qui heurte trop le bon sens populaire pour qu'elle puisse pénétrer profondément l'esprit public. Qu'il faille avertir les tiers des mutations de la propriété, cela se conçoit et se justifie aisément, mais on aurait plus de peine à faire entendre qu'entre les parties, qui connaissent forcément des conventions qu'elles ont faites, une publicité est nécessaire pour donner effet à ces conventions. Il sera intéressant d'observer les résultats de l'expérience que fait le Maroc, mais il est douteux que l'influence de la règle nouvelle sur la régularité et la promptitude des demandes d'inscription soit très considérable.

§ 3. — Personnes pouvant se prévaloir du défaut de publicité

420. — DÉFINITION DES TIERS. — Si la loi tunisienne n'a frappé l'acte non inscrit que d'une inefficacité relative, elle a néanmoins renforcé le principe de la publicité en élargissant sensiblement les catégories de personnes admises à se prévaloir du défaut d'inscription.

On sait qu'en droit français on distingue entre les donations soumises à la transcription par le code civil et les actes assujettis à la publicité par la loi de 1855. En ce qui concerne les donations « le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription ou leurs ayants-cause et le donateur » (art. 941).

Quant aux actes régis par la loi de 1855, la clandestinité peut être invoquée seulement par les tiers « qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois » (art. 3). Tandis que la formule de l'art. 941 C. civ., « toutes personnes ayant inté-

(1) Voir aussi *infra*, n° 422.

rêt » est interprétée comme s'appliquant aux créanciers chirographaires et aux légataires particuliers, le texte de 1855 exclut ces deux catégories de tiers : les créanciers chirographaires peuvent bien méconnaître une hypothèque non inscrite en vertu de l'art. 2.134, C. civ., mais une vente non transcrite leur est opposable.

En Tunisie, cette dualité n'existe pas et c'est la règle applicable, en France, aux donations qui est étendue à toutes les mutations ⁽¹⁾. La loi tunisienne n'a pas, à la vérité, donné de définition des tiers. Mais il suffit que les art. 15, 342 et 343 ne contiennent aucune formule restrictive analogue à celle de la loi de 1855 ⁽²⁾. Comme l'a jugé la Cour de cassation belge « dans son acception ordinaire et logique, le mot tiers, sans autre addition, s'applique à toutes personnes qui n'ont pas été parties à l'acte non transcrit sans distinguer si l'intérêt qu'elles ont à l'écarter procède d'un droit réel sur l'immeuble ou de toute autre cause légitime... si le législateur avait voulu ne faire profiter qu'à certaines classes de tiers les mesures de sécurité qu'il organisait, il aurait eu soin d'ajouter au mot tiers une désignation qui en restreignît et en déterminât la portée » ⁽³⁾. L'art. 55 de la loi tunisienne prouve, d'ailleurs, surabondamment, que les créanciers chirographaires sont protégés par la règle de la publicité : puisque la loi leur a permis, par le moyen de l'inscription du commandement, d'empêcher toute inscription ultérieure, il faut, de toute évidence, admettre que les actes non inscrits ne leur sont pas opposables.

En définitive, sont recevables à invoquer le défaut d'inscription : l'acquéreur de la propriété, les titulaires des droits réels (crédi-enzeliste, usufruitier, voisin bénéficiaire d'une servitude, superficiiaire, emphytéote, créanciers privilégiés ou hypothécaires), les locataires, les créanciers chirographaires, les légataires particuliers.

Les ayants cause à titre universel des parties (héritiers et successeurs, légataires universels ou à titre universel, donataires de biens à venir) doivent seuls être exclus, car, succédant aux droits et obligations de leurs auteurs, ils sont aux lieu et place des parties. Dès lors que la loi maintient le principe du transfert des droits réels par le seul consentement, la publicité n'ajoute rien, en ce qui les concerne,

(1) En ce sens, LESCURE, *op. cit.*, p. 292. POUYANNE, *op. cit.*, p. 210. Voir, toutefois, pour le cas d'un créancier exerçant l'action de son débiteur, Tunis, 9 décembre 1903 (*J. T.*, 04, 3).

(2) Il en est de même dans les législations coloniales françaises. Au contraire, en Alsace-Lorraine, peuvent seuls opposer le défaut d'inscription « les tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble et qui les ont fait inscrire en se conformant aux lois », sauf application aux donations de l'art. 944 C. civ.

(3) 8 mai 1856. *Pasirisie*, 56, 1, 260.

à l'effet de la convention ⁽¹⁾. Ils ne sont pas des tiers, ils continuent la personne du défunt. L'inscription de leurs droits à l'hérédité ne mettrait donc aucun obstacle à celle ultérieure des aliénations consenties par leur auteur.

421. — CONDITIONS REQUISES POUR QUE LES TIERS PUISSENT OPPOSER LE DÉFAUT D'INSCRIPTION. — Il est une condition que la loi foncière n'énonce pas, mais qui va de soi : le tiers doit avoir un intérêt légitime à voir écarter l'acte non inscrit. Il faut qu'il ait des droits, soit des droits réels sur l'immeuble, soit des droits personnels à l'encontre de celui qui a disposé, c'est-à-dire qu'il entre dans une des catégories énumérées ci-dessus. Celui qui posséderait l'immeuble sans titre ou qui aurait traité avec un *non dominus* serait sans qualité pour opposer le défaut d'inscription à l'acquéreur qui revendiquerait l'immeuble en vertu d'un contrat régulier.

Les personnes qui avaient la charge de faire procéder à l'inscription ne seraient, également, pas recevables à invoquer l'absence de publicité. Il en serait ainsi du tuteur ou du mari qui aurait négligé de faire inscrire le droit de son pupille ou de sa femme et qui, ayant acquis plus tard pour son propre compte, prétendrait se prévaloir de la clandestinité de l'aliénation faite au profit de l'incapable qui était sous sa puissance. Ses ayants cause à titre universel seraient dans la même situation que lui. Cette condition qui est formulée dans l'art. 944, C. civ., n'est pas indiquée dans la loi foncière, mais elle n'est que l'application des principes généraux.

Il n'y a pas lieu de rechercher si le tiers qui invoque le défaut de publicité connaissait ou ignorait l'acte non inscrit. La connaissance de fait n'équivaut pas à la connaissance de droit. Ce serait porter atteinte à l'organisation de la publicité et faire renaître l'insécurité que d'en décider autrement, car les circonstances dans lesquelles le tiers a contracté pourraient toujours être discutées. « Si l'acte soustrait à la publicité pouvait être opposé à un tiers sous le prétexte que celui-ci n'aurait pas contracté de bonne foi, les droits les plus régulièrement acquis n'échapperaient pas au risque d'une contestation de ce genre et la sécurité recherchée par la loi ne pourrait pas exister. Il y a un intérêt d'ordre public à ce que la formalité ne se supplée pas » ⁽²⁾. Toutefois le principe de publicité ne saurait couvrir

(1) Rapport Massigli, P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 9, p. 105. LESCURE, *op. cit.*, p. 293.

(2) Rapport Massigli, P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 9, p. 106.

des manœuvres dolosives destinées à empêcher l'exécution de conventions antérieures : *fraus omnia corrumpit*. En France, la jurisprudence fait une distinction qui est approuvée par la grande majorité des auteurs et qu'il convient d'adopter par analogie : le tiers n'est pas irrecevable à invoquer le défaut d'inscription par le fait seul qu'il a eu connaissance par une voie quelconque de l'acte non inscrit, mais il le devient s'il y a eu collusion caractérisée par des manœuvres dolosives, concert frauduleux entre lui et l'aliénateur en vue de dépouiller le précédent acquéreur car, dit la cour « la fraude fait exception à toutes les règles » (Cass. req., 6 avril 1925 et Cass. civ., 7 déc. 1925; D., 26, 1, 185 et nombreux arrêts antérieurs).

C'est à tort que M. Jacques Scemama a reproché à la loi tunisienne de protéger, à ce point de vue, les droits des tiers moins énergiquement que la loi de 1855⁽¹⁾. Son opinion repose sur une confusion entre les dispositions relatives à la publicité et celles qui ont trait à la force probante. Les art. 15, 342 et 343 admettent sans aucune restriction les tiers à se prévaloir du défaut d'inscription. La bonne foi est seulement exigée par l'art. 16 qui pose le principe de la force probante et par l'obscur art. 252 qui régit le sort des hypothèques en cas de résolution des droits de celui qui les a constituées. Mais c'est là un ordre d'idées différent et que j'aborderai plus loin (n^{os} 451 et suiv.).

§ 4. — Sanctions de la publicité

422. — INSCRIPTION PRÉALABLE DU DROIT DE CELUI QUI DISPOSE. — L'art. 357 contient une prescription dont la portée pratique est considérable : « Pour être inscrit, ce droit (tout droit réel immobilier) devra être tenu directement du titulaire de l'inscription précédemment prise ». Cela veut dire que le conservateur ne doit pas procéder à l'inscription requise si la personne qui transfère la propriété ou un droit réel sur l'immeuble n'est pas elle-même inscrite sur le titre de propriété comme propriétaire ou comme titulaire du droit qu'elle transmet⁽²⁾.

Cette disposition de l'art. 357 est spécialement importante parce qu'elle est la seule sanction directe de la règle de publicité.

(1) Jacques SCEMAMA, *op. cit.*, p. 218.

(2) BESSON, *op. cit.*, p. 440. Avant-projet de la commission de cadastre, art. 33 : « Nul n'est admis à requérir l'inscription d'un droit au livre foncier si le droit de son auteur n'a pas déjà reçu ou ne reçoit simultanément la publicité exigée par la loi ». La même règle se retrouve dans toutes les législations du groupe français basées sur le système des livres fonciers. Alsace et Lorraine, art. 44. Congo, art. 48. Afrique Occidentale, art. 135. Madagascar, art. 145. Maroc, A. 3 juin 1915, art. 28. Indo-Chine, art. 377.

La loi n'a pas imparti de délai pour faire inscrire. L'acquéreur qui ne s'inscrit pas n'encourt donc aucune pénalité. Il agit ainsi à ses risques et périls, s'exposant à voir ses droits primés par ceux d'un tiers plus diligent que lui ou le cours des inscriptions arrêté par des actes de poursuites. Mais, si redoutables que soient ces éventualités, l'opposabilité aux tiers des actes non inscrits n'assurerait pas, à elle seule, dans tous les cas, l'observation de la loi. C'est la disposition de l'art. 357 qui permet d'obtenir une application régulière -- sinon immédiate -- du principe de la publicité. Le bénéficiaire d'un droit réel a intérêt à ce que ce droit figure au livre foncier, non seulement pour le consolider à l'égard des tiers, mais encore pour pouvoir en disposer facilement. S'il ne s'est pas mis en règle et que des tiers aient néanmoins consenti à traiter avec lui, ces tiers se montreront vraisemblablement plus soucieux de leurs intérêts : pour obtenir l'inscription de leurs propres droits, ils devront présenter au conservateur les actes nécessaires à la régularisation de la mutation antérieure. La publicité aura fait défaut pour un temps, mais elle sera finalement réalisée et le livre foncier fera connaître, comme le veut la loi, la série ininterrompue des transmissions dont l'immeuble a été l'objet. Dans la pratique, ce sont souvent des créanciers hypothécaires ou des sous-acquéreurs qui, parfois avec de longs retards, provoquent l'inscription de mutations par décès ou de ventes précédentes et c'est grâce à la règle de l'art. 357 qu'un grand nombre de titres de propriété sont tenus à jour ⁽¹⁾.

Indépendamment de l'intérêt qu'elle présente à ce point de vue, cette règle se justifie par l'idée de force probante. Comme l'observe M. Massigli (P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 9, p. 120), elle est « un corollaire du principe de la force probante, car s'il n'y a légalement de propriétaire au regard des tiers que la personne désignée comme telle par le livre foncier, il est rationnel de ne donner à un transfert la consécration de l'inscription que s'il prend son appui sur une inscription antérieurement opérée au profit de celui qui le consent » ⁽²⁾.

(1) Voir, à ce sujet, *POUYANNE, op. cit.*, pp. 198 et suiv.

(2) Il ne faut pas interpréter comme une exception à la règle de l'art. 357, la disposition de l'art. 363 portant que « les inscriptions à faire sur les biens d'une personne décédée pourront être faites sous la simple désignation du défunt ». Cet article, reproduit de l'art. 2149, C. civ., et emprunté à la matière des hypothèques, a été transporté, par les auteurs de la loi foncière, dans les dispositions générales. Mais il ne saurait permettre aux créanciers de poursuivre la saisie contre le défunt alors que les règles de la procédure exigent que les héritiers aient été personnellement mis en cause. L'art. 363 ne vise donc que l'inscription des actes émanés du défunt ou des procédures suivies contre lui de son vivant. Il ne constitue dès lors qu'une disposition surabondante (Note de M. E. H. Labbe, *J. T.*, 07, 103).

423. DROIT DE PRÉFÉRENCE DU PREMIER INSCRIT. — L'accomplissement de la publicité établit un ordre de préférence entre les ayants cause d'un même auteur. Cette priorité de celui qui s'inscrit sanctionne, quant au fond du droit, la volonté du législateur d'imposer la publicité.

Des conflits divers peuvent s'élever soit entre deux acquéreurs, soit entre l'acquéreur et un bénéficiaire d'un droit réel ou d'un bail, soit entre des créanciers hypothécaires et des titulaires d'autres droits réels ou des locataires. Le principe fondamental est que l'ordre de préférence est déterminé par l'ordre des inscriptions : *prior tempore, potior jure*, étant entendu que la date à envisager n'est pas celle de l'acte, mais celle de l'inscription. Si le propriétaire a aliéné l'immeuble successivement au profit de deux personnes différentes celle qui aura, la première, fait inscrire, sera préférée à l'autre ⁽¹⁾. Lorsqu'au lieu d'aliéner deux fois son droit de propriété, le propriétaire a vendu l'immeuble à l'un, emprunté sur hypothèque à l'autre ou consenti un droit réel quelconque (usufruit, superficie, emphytéose, antichrèse, etc.), la solution est la même : si l'acquéreur de la propriété se présente, le premier, à la conservation et requiert régulièrement l'inscription, l'immeuble sera muté à son nom et les charges constituées par le vendeur ne pourront plus être inscrites ; si, au contraire, les bénéficiaires des droits réels les ont fait inscrire avant l'inscription de la vente, l'immeuble passera entre les mains de l'acheteur grevé des hypothèques ou autres charges. En cas de vente sur saisie, les créanciers hypothécaires, antérieurs à l'inscription d'une servitude, pourront faire vendre l'immeuble comme libre de toute charge tandis que les créanciers postérieurs devront tenir compte de la servitude ⁽²⁾. Tout cela sauf le cas de fraude concertée, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus n° 421.

Ces diverses hypothèses ne souffrent pas de difficultés. En France, des conflits se produisent entre le sous-acquéreur qui a donné la publicité à son titre, mais dont l'auteur avait un titre non transcrit, et un second acquéreur du précédent propriétaire qui fait transcrire ou entre créanciers hypothécaires inscrits l'un sur le vendeur, l'autre sur l'acquéreur. Dans l'organisation des livres fonciers, le cas ne peut pas se présenter de deux droits, s'excluant l'un l'autre, qui seraient tous les deux inscrits.

(1) Cass. Req., 28 avril 1927 (Lotz, *op. cit.*, n° 495). Cet arrêt concerne l'Afrique Occidentale.

(2) *Supra*, n° 351.

Les questions spéciales que posent la publicité des subrogations hypothécaires, celle de la faillite, celle des mutations par décès seront examinées ci-dessous n^{os} 430, 431 et 433.

424. — RÉQUISITIONS D'INSCRIRE PRÉSENTÉES LE MÊME JOUR. — La règle de concurrence formulée par l'art. 260, qui a été déjà exposée (n^o 256), est une disposition exceptionnelle qui concerne exclusivement les hypothèques ⁽¹⁾. En tout autre cas, la priorité est établie par l'ordre dans lequel les inscriptions ont été portées sur le titre de propriété. Les inscriptions doivent elles-mêmes être effectuées dans l'ordre où elles ont été requises. Cet ordre est constaté par le registre des dépôts. S'il y avait divergence entre le livre foncier et le registre des dépôts, c'est naturellement le livre foncier qui ferait foi aux yeux des tiers, sauf recours de la partie lésée contre le conservateur. Si, de deux actes présentés le même jour à l'inscription, celui déposé le premier exclut l'autre, le conservateur refuse l'inscription du second. Ces règles se déduisent des principes de la loi. Elles ne sont, bien entendu, appelées à jouer que si les deux réquisitions d'inscrire sont régulières. Si la première réquisition doit être rejetée pour un motif quelconque, le conservateur est tenu de déférer à la seconde. Or, parmi les conditions de régularité, intervient l'obligation de déposer la copie du titre dans un grand nombre de cas : dès lors c'est celui qui détient cette copie qui peut seul obtenir l'inscription de son droit et, pratiquement, le conflit entre deux demandes d'inscription ne peut guère se produire que si l'une des inscriptions est de celles qui, d'après l'art. 375, peuvent être prises sur le registre seulement.

§ 5. — Arrêt du cours des inscriptions

425. — INSCRIPTIONS QUI METTENT OBSTACLE A DES INSCRIPTIONS ULTÉRIEURES. — J'ai déjà exposé (*supra*, n^o 338) qu'il n'y a pas, comme en droit français (art. 448, C. com. et 2146, C. civ.) d'événements qui arrêtent spécialement le cours des inscriptions d'hypothèques. Mais les inscriptions en général, y compris celles d'hypothèques, ne peuvent plus être prises dans quatre cas :

(1) De même, en France, la solution de l'art. 2147 C. civ. est écartée lorsqu'il s'agit de déterminer la priorité soit entre deux transcriptions, soit entre une transcription et une inscription. Cette priorité se règle d'après l'ordre des dépôts.

1° Du chef de l'aliénateur, après inscription de l'aliénation. Comme l'écrit M. Massigli ⁽¹⁾ « il n'est pas besoin qu'un texte spécial en dispose en termes formels : la solution découle de la manière la plus certaine du principe qui autorise les tiers, dans l'intérêt desquels la publicité est instituée, à tenir pour inexistants les droits qui ne sont pas inscrits avant le leur et il n'est pas douteux qu'un acquéreur inscrit ne soit en situation de se prévaloir de ce principe » ;

2° Lorsqu'un commandement a été inscrit sur le titre de propriété, par application de l'art. 55 de la loi foncière, dont la disposition a été étudiée plus haut ;

3° Après inscription d'un procès-verbal de saisie immobilière. Si le commandement met obstacle à toute inscription nouvelle, à plus forte raison, en est-il de même de la saisie dont les effets sont, d'après le code de procédure, plus étendus que ceux du commandement. Aux termes de l'art. 686 C. pr. civ., le saisi ne peut aliéner l'immeuble, ce qui entraîne l'impossibilité de le grever de charges réelles et de l'hypothéquer. En France, les auteurs qui estiment que le créancier chirographaire saisissant devient un tiers au sens de la loi de 1855 par la transcription de la saisie admettent par voie de conséquence, que le cours des transcriptions est arrêté ⁽²⁾. Or nous avons vu ci-dessus (n° 420) que l'intention du législateur tunisien de reconnaître aux créanciers chirographaires, d'une manière générale, la qualité de tiers ne fait point de doute. Dès lors que le saisissant a publié l'indisponibilité de l'immeuble qui résulte de la saisie, il a le droit de méconnaître non seulement les actes de disposition qui seraient irrégulièrement accomplis par le débiteur après la saisie, mais encore ceux intervenus antérieurement, mais qui, n'ayant pas été inscrits avant la saisie, ne lui sont pas opposables : c'est l'effet naturel de la préférence accordée au premier inscrit. Il est donc rigoureusement logique et d'ailleurs commandé par l'art. 55, d'attribuer à l'inscription de la saisie les mêmes conséquences qu'à l'inscription du commandement au point de vue de l'arrêt du cours des inscriptions. On pourrait croire que la question est sans importance, le créancier poursuivant étant protégé contre les aliénations par l'inscription du commandement. Mais il n'en est pas toujours ainsi parce que le créancier a pu ne pas faire inscrire le commandement (la loi ne l'y oblige pas) et que, même si cette inscription a été prise, elle

(1) Rapport, P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 9, p. 122.

(2) GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 2^e édit., nos 1.353, 1.356, 1.357.

peut être frappée par la péremption de deux ans, tandis que celle de la saisie conserve son effet;

4° Après l'inscription du jugement déclaratif de faillite ou du jugement admettant le débiteur à la liquidation judiciaire. La faillite opère le dessaisissement du débiteur au profit de la masse des créanciers. La liquidation judiciaire restreint considérablement le droit de disposition. Ces événements sont des faits qui sont soumis à la publicité du livre foncier comme entrant dans la définition donnée par l'art. 343 de la loi foncière. De même que le créancier saisissant ayant publié l'indisponibilité de l'immeuble, la masse des créanciers, qui a porté à la connaissance des tiers le dessaisissement opéré à son profit, a mis obstacle à l'inscription ultérieure des actes du débiteur intervenus soit avant, soit après le jugement déclaratif, car elle est désormais préférable aux tiers non inscrits. Cette solution est conforme aux conclusions auxquelles a abouti en France la commission du cadastre (Rapport Massigli, P.-V., fascicule 9, pp. 112, 122 et 150; Avant-projet, art. 9 et 19). Elle est également conforme à la jurisprudence (Tananarive, 4 octobre 1904, *R. A.*, 09, 2, 381; T. M., 1^{er} avril 1908 et rapport du juge, *R. A.*, 10, 2, 14. V. *supra*, n^{os} 318 et 319).

Je montrerai plus loin que dans tous les cas qui viennent d'être examinés, l'application des principes de légalité et de force probante conduit le conservateur à refuser de déférer aux réquisitions d'inscrire qui peuvent lui être adressées aussi longtemps que subsistent les obstacles à l'inscription.

CHAPITRE IV

APPLICATIONS DIVERSES DE LA PUBLICITÉ AU DROIT DE PROPRIÉTÉ ET AUX CHARGES DE L'IMMEUBLE

§ 1. — Mutations entre vifs

426. — ACTES D'ALIÉNATION DE LA PROPRIÉTÉ. — Les actes opérant transfert de la propriété entre vifs qui sont soumis à la transcription en France, sont, bien entendu, assujettis à l'inscription en Tunisie. Ce sont : la donation, la vente, l'échange, l'apport d'immeuble à une société, l'ameublissement résultant d'un contrat de mariage, la dation d'un immeuble en paiement d'une dette, le jugement qui constate une convention translatrice de propriété, le jugement d'adjudication.

427. — FEMME MARIÉE COMMUNE EN BIENS. — Bien qu'à Madagascar, une jurisprudence constante décide le contraire (*supra*, n° 115 et Lota, *op. cit.*, n°s 121, 122), il est admis, en Tunisie, que la publicité des droits de la femme mariée commune en biens résulte suffisamment de l'inscription d'une acquisition à titre onéreux au nom du mari avec l'indication de la situation matrimoniale de celui-ci (Tunis, 20 janvier 1909, *R. A.*, 10, 2, 60) ⁽¹⁾. C'est dans le cas exceptionnel où l'un des conjoints acquiert, à titre de propre, par une convention onéreuse qu'il convient de prévenir les tiers; dans le cas normal, l'acquisition profite à la communauté, puisque le contraire n'est pas dit: une mention expresse des droits de la femme est inutile, en tous cas, l'absence de cette mention ne saurait modifier l'effet du régime matrimonial des époux. Il faut même aller plus loin et dire qu'une mention inexacte au sujet de la situation matrimoniale du propriétaire inscrit ne mettrait pas les ayants cause immédiats à l'abri de l'action réelle de la femme commune en biens, car nous

(1) Ce jugement est accompagné d'une note critique de M. E. H. Labbe. Voir également *R. A.*, 10, 2, 93 et 124 et *supra*, n° 115.

verrons que si la force probante des inscriptions couvre les tiers sous-acquéreurs, les personnes qui acquièrent ne sont pas dispensées de vérifier la capacité et les pouvoirs de leurs co-contractants.

428. — ACTES D'ALIÉNATION DES DROITS RÉELS. — Les droits réels sont traités comme la propriété, sans distinguer entre ceux qui sont susceptibles d'hypothèques et ceux qui ne peuvent être hypothéqués. Les actes et jugements relatifs à la rente de l'enzei, à l'usufruit, aux servitudes, à la superficie, à l'emphytéose et à l'antichrèse doivent tous être inscrits.

429. — SERVITUDES. — L'art. 368 indique que les servitudes doivent être inscrites à la fois sur le fonds servant et sur le fonds dominant. Il faut reconnaître qu'il paraît, au premier abord, fort rationnel de porter à la connaissance des tiers non seulement les servitudes passives, mais encore les servitudes actives. En réalité, l'application soulève des difficultés qui, dans le système tunisien, sont insolubles. Qu'arrivera-t-il si l'inscription prise sur le fonds dominant n'est pas corroborée par une inscription correspondante sur le fonds servant ? Les deux titres étant en contradiction, quel est celui qui fera foi ? Evidemment, celui du fonds servant, car c'est l'objet essentiel de la loi de faire que chaque immeuble ait un titre de propriété révélant aux tiers toutes les charges qui le grèvent. Ce serait aller à l'encontre des principes fondamentaux que d'obliger les tiers qui contractent avec un propriétaire à rechercher s'il n'existe pas d'autres ou plus amples servitudes que celles portées sur le titre. Donc l'indication des servitudes actives ne peut être donnée qu'à titre de simple renseignement, sans force probante. C'est ainsi que l'entendait la commission du cadastre qui avait introduit, dans l'art. 5 de son projet, cette disposition expresse : « Les énonciations susceptibles d'avoir autorité vis-à-vis des tiers en ce qui concerne... les servitudes sont exclusivement celles contenues au feuillet de l'immeuble assujetti ». Ainsi comprise, l'inscription des servitudes actives peut avoir une certaine utilité, mais à la condition qu'elle soit, d'une manière très générale, confirmée par celle prise sur le fonds servant. Si l'on n'est pas en mesure de donner un renseignement ordinairement exact, il vaut mieux s'abstenir qu'induire les tiers en erreur. Or, dans le système tunisien d'immatriculation facultative et, sans doute, dans tous les systèmes d'immatriculation qui ne procèdent pas par opérations d'ensemble, faites simultanément, il est impossible d'assurer la concor-

dance des inscriptions sur les deux fonds, dominant et servant, parce qu'ils font l'objet de procédures de purge successives et entièrement indépendantes l'une de l'autre. Le Tribunal mixte a pris, depuis longtemps, le parti de n'ordonner l'inscription que des servitudes passives. Le conservateur, pour les inscriptions auxquelles il procède de son chef, agit de même, non seulement pour maintenir l'unité de doctrine, mais parce qu'il rencontre les mêmes obstacles : il n'est pas — habituellement du moins — à même d'opérer l'inscription sur les deux immeubles, notamment parce que les copies des deux titres de propriété ne lui sont pas présentées ensemble et, d'ailleurs, il pourrait, plus tard, avoir à radier ou modifier l'inscription sur le fonds servant sans que le titre du fonds dominant ait reçu les annotations correspondantes. Les tiers ont la ressource de vérifier à la conservation si les servitudes dont l'immeuble jouit en fait sont bien inscrites sur les titres voisins; comme ils devraient faire cette vérification même si le titre du fonds dominant faisait mention du droit à ces servitudes, l'absence de cette mention ne change pas, en définitive, grand chose à la situation qui leur est faite ⁽¹⁾.

430. — SUBROGATIONS A L'HYPOTHÈQUE. — La publicité des subrogations à l'hypothèque pose des questions déjà abordées plus haut (n° 234) et dont il convient de préciser ici la solution. D'une part, l'art. 1690 C. civ. dispose que le cessionnaire d'une créance est saisi, à l'égard des tiers, par la signification du transport faite au débiteur ou par l'acceptation de celui-ci et l'art. 2075 contient une disposition analogue pour les nantissements de créances. D'autre part, la transmission du droit d'hypothèque est comprise dans les termes généraux de l'art. 343 de la loi foncière, elle n'est donc opposable aux tiers que par le fait et du jour de son inscription. Ainsi une double formalité est exigée : la signification et l'inscription. Mais chacune a son rôle distinct ⁽²⁾. Par la signification, le cessionnaire est saisi de la créance, droit personnel; par l'inscription seule, il peut opposer aux tiers le transfert de l'hypothèque ⁽³⁾.

(1) Tunis, 9 juillet 1906, *J. T.*, 06, 642. Tunis, 24 octobre 1906, *J. T.*, 07, 20 Alger, 15 novembre 1907, *R. A.*, 09, 2, 204 et note. Tunis, 15 décembre 1909. *R. A.*, 11, 2, 388 et note. *Supra*, n° 119.

(2) Comp. Rapport Challamel à la commission du cadastre, P.-V., fascicule 7, pp. 137 et suiv.

(3) Le système est différent en Belgique où la loi dispose que la cession de créance ne pourra être opposée aux tiers, s'il n'est fait mention, en marge de l'inscription d'hypothèque, du titre du cessionnaire. Comme le législateur belge n'a pas entendu supprimer la signification de l'art. 1690, l'existence de deux formalités également nécessaires et ayant les mêmes sanctions soulève de nombreuses difficultés (Voir LAURENT, *op. cit.* t. XXIX, nos 244 à 253. LÉPINOIS, *op. cit.*, t. I, nos 298 et suiv.).

Supposons que Primus, créancier hypothécaire inscrit, ait cédé sa créance à Secundus, que Secundus ait fait signifier le transport au débiteur, mais ne l'ait pas fait mentionner au livre foncier, puis que Primus consente une deuxième cession au profit de Tertius. Tertius n'a pas acquis la créance qui était sortie du patrimoine de son auteur par un acte à lui opposable en vertu de l'art. 1690. Le débiteur ne peut payer qu'à Secundus (sauf à lui, à subordonner le paiement à une mainlevée régulière). Mais Tertius qui a fait inscrire la subrogation à son profit est bénéficiaire apparent de l'hypothèque. Le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué lui adressera les notifications à fin de purge et se libérera valablement entre ses mains.

Dans une hypothèse plus simple et de nature à se présenter plus souvent, si le cessionnaire s'est borné à accomplir la formalité de l'art. 1690 ou 2073, le débiteur est bien lié à son égard, mais non les tiers tenus hypothécairement. L'acquéreur de l'immeuble pourra donc obtenir du cédant une mainlevée libératoire; le cessionnaire conservera seulement une créance chirographaire contre le débiteur et un recours contre le cédant.

Bien entendu, le conservateur radiera l'inscription, dans les deux hypothèses envisagées ci-dessus et dans d'autres semblables, sur la mainlevée du titulaire de l'inscription.

Dans le cas inverse, lorsque le cessionnaire a fait inscrire, mais n'a pas fait signifier, il n'est pas saisi de la créance à l'égard des tiers : le débiteur peut donc, en principe, se libérer entre les mains du cédant; toutefois, il aura eu, en général, connaissance du transport, soit par la mention de subrogation portée sur la copie du titre, soit par la notification qui lui aura été faite en vertu de l'art. 375 de la loi foncière et on peut soutenir que l'une ou l'autre de ces formalités équivaut à la signification de l'art. 1690 ⁽¹⁾.

La solution est la même dans le cas de paiement avec subrogation soit conventionnelle, soit légale, sauf que le subrogé, n'étant point tenu de notifier la subrogation au débiteur, est investi de la créance à l'égard des tiers immédiatement : il est donc *de plano* dans le même cas que le cessionnaire ayant accompli la formalité de l'art. 1690. S'il fait mentionner la subrogation en marge de l'inscription d'hypothèque, il est entièrement en règle. S'il omet cette formalité, il s'ex-

(1) La règle est que la formalité de l'art. 1690 ne se supplée pas et que la connaissance que le débiteur peut avoir acquise du transport est insuffisante pour lui rendre ce transport opposable, mais elle n'est pas appliquée sans tempéraments (Voir DALLOZ, *Répertoire pratique*, *Transport-Cession*, nos 388 et suiv.).

pose à voir donner mainlevée à son préjudice par le créancier qu'il a désintéressé et à passer au rang des créanciers chirographaires.

431. — JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE. — Il a été déjà indiqué que le syndic ou, à son défaut, tout intéressé doit faire inscrire le jugement déclaratif de faillite, que cette publicité, facilement réalisable, entre dans les prévisions de l'art. 343 comme étant un fait de nature à modifier les conditions d'inscription des droits réels, qu'elle a pour effet d'arrêter le cours des inscriptions et supplée à l'hypothèque légale de la masse qui n'a pas été admise par la loi foncière (n^{os} 319 et 425) ⁽¹⁾.

Il importe de préciser la portée de l'inscription de faillite. Cette inscription est requise non pas pour garantir à la masse des créanciers l'exercice de l'action en nullité contre les personnes qui acquerraient des droits du failli, nonobstant le dessaisissement dont il est frappé, mais pour permettre à la masse d'atteindre les sous-acquéreurs. En effet, le jugement de faillite a ce caractère particulier qu'il produit effet immédiatement à l'égard de tout le monde : l'art. 443 C. com. dispose qu'il « emporte, de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens ». Rien n'indique, ou même ne permet de supposer, que le législateur tunisien ait voulu soustraire, à cette règle, les transactions immobilières. Au contraire, nous verrons que les tiers ne sont nullement dispensés de vérifier la capacité personnelle des titulaires inscrits de droits réels avec lesquels ils traitent : le dessaisissement du failli n'est pas, à vrai dire, une véritable incapacité, mais il a, au point de vue qui nous occupe, des conséquences analogues aux nullités dérivant des incapacités et le défaut d'inscription de la faillite n'a pas d'effets plus étendus que l'absence sur le titre de propriété de mention révélant l'incapacité. Donc, les acquéreurs directs du failli sont exposés à l'action en nullité, que le jugement déclaratif soit inscrit ou non. Mais si l'acquéreur, ayant obtenu l'inscription de son contrat, transmet le droit irrégulièrement constitué à un tiers de bonne foi, ce sous-acquéreur sera protégé contre l'action de la masse par les dispositions expresses de l'art. 16 de la loi foncière que nous examinerons au chapitre de la force probante des inscriptions. L'inscription du jugement déclaratif permet à la masse de se prémunir contre ce danger.

(1) L'inscription du jugement déclaratif de faillite est prévue dans l'art. 38 de la loi du 1^{er} juin 1924 (Alsace-Lorraine) sous la sanction de l'Inopposabilité aux tiers qui ont fait inscrire des droits sur l'immeuble (art. 40). Voir, également, Indo-Chine, art. 379.

Ce qui vient d'être dit du jugement déclaratif de faillite doit être étendu au jugement qui, admet le débiteur au bénéfice de la liquidation judiciaire. Le liquidé n'est pas dessaisi, mais son droit de disposition subit des restrictions au profit de la masse des créanciers qui doit prendre inscription pour conserver ses droits à l'égard des sous-acquéreurs.

432. — CONSTITUTION EN HABOUS. — La constitution en *habous* est un acte juridique complexe. Qu'on la considère comme transférant la propriété à une personne morale créée par le constituant, ainsi qu'on le fait actuellement en Tunisie, ou à la mosquée, *zaouïa* ou ville sainte, qui est la dévolutaire finale, ou comme transférant seulement un usufruit en laissant la nue propriété reposer, d'une manière abstraite, sur la tête du fondateur, une chose est en tous cas certaine, c'est qu'un acte ayant des conséquences aussi graves que de mettre l'immeuble hors du commerce et de le soustraire aux règles ordinaires de la dévolution successorale, est, dans l'esprit de la loi foncière et par les termes généraux de l'art. 343, soumis à la publicité. La constitution en *habous* d'une propriété immatriculée ne saurait être invoquée contre les tiers si elle n'a pas été inscrite. Publiée au livre foncier, l'inaliénabilité de l'immeuble devient opposable aux tiers et empêche l'inscription des actes de disposition que le constituant en *habous* avait pu consentir lorsqu'il était propriétaire à titre *melk* ⁽¹⁾.

§ 2. — Mutations par décès

433. — CARACTÈRE PARTICULIER DE LA PUBLICITÉ. — L'obligation d'inscrire les transmissions d'immeubles ou de droits réels immobiliers par voie d'hérédité résulte non seulement des termes généraux de l'art. 343, mais encore des dispositions prises dans l'art. 366 sur les justifications à fournir au conservateur. J'ai indiqué ci-dessus (n° 417) les raisons du législateur et fait pressentir que l'accomplissement ou l'omission de la publicité ne produit pas tous les effets habituels. La publicité n'a pas ici pour fonction de rendre la transmission opposable aux tiers ni de conférer au premier inscrit un droit de préférence; la dévolution des biens résulte de la loi ou de la volonté du défunt, et l'héritier ou légataire est investi immédiatement de la propriété par l'effet de la saisine. La publicité ne peut donc jouer

(1) On peut dire, dans quelque mesure, que l'inscription du *habous*, comme celle de la saisie ou de la faillite, arrête le cours des inscriptions (*Supra*, n° 425).

aucun rôle dans l'acquisition, elle n'ajoute rien aux effets de la saisine et son omission ne peut empêcher ces effets de se produire. Elle n'a pas, non plus, pour objet d'éviter des fraudes. « D'héritier à héritier, d'héritier à légataire, écrit M. Massigli, et réciproquement, d'héritier ou légataire apparent à héritier ou légataire véritable, l'accomplissement de la publicité est sans effet, l'abstention sans conséquence. L'inscription prise par un prétendu héritier ou un prétendu légataire ne peut pas lui donner la vocation qu'il devrait tenir de la loi ou de la volonté du défunt et le faire préférer au véritable appelé. Le conflit est identique à celui qui mettrait en présence un véritable propriétaire et un usurpateur; la règle de la publicité n'y est pas en cause. Elle intervient, au contraire, dans les conflits où l'intérêt de certains tiers est en jeu. Il ne s'agit pas, toutefois, de celui qui s'élèverait entre un héritier et un tiers à qui le défunt aurait, lui-même, conféré un droit. L'héritier continue la personne du défunt envers cet ayant cause de son propre auteur et sa situation est la même, soit qu'il ait requis l'inscription, soit qu'il ait négligé de le faire, soit que l'ayant cause du défunt ait eu le soin de donner la publicité à son titre, soit qu'il ait manqué d'y pourvoir. Cette solution s'étend au cas où le successeur est un légataire universel ou à titre universel parce qu'il est tenu des obligations du défunt. Les principes qui règlent la validité des legs particuliers enlèvent encore toute importance à la question de publicité, lorsqu'il y a débat entre un légataire particulier et un tiers qui tient d'un contrat passé avec le défunt la propriété du bien antérieurement légué. Le fait de l'aliénation a révoqué le legs (art. 1038 C. civ.), le légataire est sans droit et ne peut pas s'en procurer un par l'inscription ».

La publicité des transmissions à cause de mort a seulement pour rôle de renseigner les tiers. Elle sert aussi à les protéger : ceux qui ont traité de bonne foi avec l'héritier apparent inscrit au livre foncier et qui ont donné la publicité à leurs conventions peuvent écarter la revendication de l'héritier véritable en lui opposant le défaut de publicité de son titre et en se prévalant contre lui de la force probante à leur profit de l'inscription de leur auteur. Il a été maintes fois signalé par les partisans des livres fonciers que la jurisprudence française elle-même a été amenée à écarter l'application stricte des articles du code civil pour protéger les tiers de bonne foi : la Cour de cassation valide d'une manière constante les actes de disposition émanant d'héritiers apparents (3 juillet 1877, D., 77, 1, 429; 13 mai 1879, D., 79, 1, 417; 26 janvier 1897, D., 00, 1, 33; 6 janvier 1930, D., 31, 1, 43).

La cour n'a pas pu rattacher cette solution aux textes, elle a renoncé à invoquer des motifs de droit, elle se fonde sur l'existence d'une erreur commune (*Error communis facit jus*) et sur des raisons « d'ordre et d'intérêt public ». Dans le système des livres fonciers, la validité des aliénations faites par l'héritier apparent découle directement des principes mêmes de la législation ⁽¹⁾.

434. — ETENDUE DE L'OBLIGATION D'INSCRIRE. — La règle de la publicité s'applique à toutes les mutations par décès : transmissions *ab intestat*, donations de biens à venir par contrat de mariage ou entre époux ⁽²⁾, legs universels ou particuliers. Comme pour les mutations entre vifs, elle vise non seulement les propriétaires, mais les divers titulaires des droits réels : les transmissions par suite de décès sont mentionnées, en marge des inscriptions de rentes d'*enzel*, d'hypothèques ou des autres droits réels; toutefois, en ce qui concerne l'usufruit, il suffit de mentionner le fait du décès qui a éteint le droit et la mention équivaut à une radiation.

435. — PIÈCES JUSTIFICATIVES. — Aux termes de l'art. 363, l'inscription de la dévolution successorale a lieu sur production de l'acte de décès et d'un certificat d'héritier établi par le consul ou le juge de paix. Le certificat d'héritier diffère de l'acte de notoriété en ce que l'officier public, au lieu d'enregistrer les déclarations de témoins, certifie, sous sa responsabilité, des faits qu'il connaît personnellement. Il eût été très désirable que la loi pût être appliquée, la publicité des transmissions par décès eût présenté le maximum de garanties. Malheureusement les autorités consulaires ou judiciaires n'ont pas la responsabilité des actes qu'elles dressent. Il faudrait organiser le notariat. Force est donc de se contenter de l'intitulé d'inventaire ou, à défaut, d'un acte de notoriété.

(1) Ce système soulève cependant une objection grave : il est possible qu'un testament soit ignoré pendant un certain temps ou retenu par l'héritier, le légataire peut alors se trouver dépourvu sans qu'il y ait de négligence à lui reprocher. C'est pourquoi l'avant-projet de la commission du cadastre avait apporté un tempérament à la règle « Toutefois, disait l'art. 26, § 2, le droit de l'héritier ou du légataire véritable prévaut, même à l'égard des tiers qui ont traité de bonne foi avec l'héritier apparent, s'il est conservé dans les six mois de l'ouverture de la succession ».

(2) Les donations de biens à venir ne sont inscrites qu'au décès du donateur car elles n'opèrent aucune transmission immédiate de la propriété. Il en est autrement des donations de biens présents qui peuvent se faire les époux et des donations cumulatives de biens présents et à venir qui peuvent être faites aux futurs époux par contrat de mariage. Encore que, dans le deuxième cas, le donateur reste propriétaire, ces donations doivent être inscrites du vivant du donateur, avec les réserves utiles, pour produire leur effet à l'égard des tiers.

Pour les tunisiens musulmans, l'inscription a lieu généralement sur production d'une notoriété (*oufa*) dressée par des notaires musulmans dont la qualité est attestée par le *cadi*, pour les tunisiens israélites sur production d'une notoriété établie par des notaires rabbiniques et d'un jugement d'envoi en possession du Tribunal rabbinique.

Il est conforme au texte de l'art. 366 et toujours exigé dans la pratique que les actes de notoriété concernant les européens mentionnent pour les successions *ab intestat* qu'il n'y a pas de testament connu.

La renonciation de l'un des appelés accroissant la part des co-héritiers ou entraînant la dévolution au degré suivant, l'acte de renonciation doit être produit et mentionné dans l'inscription.

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire est une modalité de la dévolution successorale, qui, au premier chef, intéresse les tiers, puisqu'elle restreint le droit de poursuite des créanciers de la succession aux biens héréditaires, emporte au profit de ceux-ci séparation des patrimoines, permet à l'héritier de se porter adjudicataire des immeubles et de purger. Il y a donc lieu de la mentionner dans l'inscription ⁽¹⁾.

Même solution en ce qui concerne la vacance de la succession et la nomination d'un curateur.

Les dévolutions testamentaires sont inscrites sur le dépôt de l'acte de décès, d'un acte de notoriété faisant connaître les noms et qualités des héritiers à réserve ou certifiant qu'il n'en existe pas, d'une expédition du testament et, s'il y a lieu, d'un acte de délivrance du legs ou d'une ordonnance d'envoi en possession.

436. — DÉCLARATION D'ABSENCE. — L'envoi en possession définitif des biens de l'absent fait entrer ceux-ci dans le patrimoine des héritiers présomptifs qui peuvent les aliéner et les hypothéquer. Il doit donc être considéré comme soumis à la publicité des mutations par décès.

437. — SUBSTITUTIONS, RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER. — La charge de conserver et de rendre a paru dangereuse pour les tiers, au point que les auteurs du code civil, qui faisaient à la publicité une part si restreinte, l'ont exceptionnellement soumise à la transcription (art. 1069 et suiv.). De même, en Tunisie, elle n'est opposable aux tiers que si elle a été inscrite.

(1) Sur la séparation des patrimoines, *supra*, n^{os} 247 et suiv.

Il en est de même, par application des principes de la loi foncière, de toute restriction au droit de disposer dont peut être affectée une libéralité et, en particulier, des prohibitions temporaires d'aliéner ou d'hypothéquer les biens donnés ou légués que la jurisprudence considère comme valables.

§ 3. — Actes déclaratifs

438. — PARTAGES. — Il résulte de l'art. 343 que tout acte déclaratif concernant un droit réel immobilier doit être inscrit. La règle s'applique non seulement aux partages portant sur le droit de propriété, mais encore aux attributions de tous autres droits réels. Le partage non inscrit est considéré comme non venu à l'égard des tiers qui ont acquis des droits de l'un des anciens communistes dans l'ignorance de ce partage. Ces tiers peuvent demander qu'un nouveau partage soit opéré, en leur présence, conformément à l'art. 882 C. civ. Comme je l'expliquerai plus loin, le caractère et les effets du partage se rattachent au statut successoral (n^{os} 483 et suiv.).

439. — ADJUDICATIONS SUR LICITATION. — Lorsque l'adjudication sur licitation est tranchée en faveur d'un co-licitant, elle vaut partage et constitue, en droit français, un acte déclaratif et non pas translatif de propriété. A ce titre, elle n'est pas soumise à la transcription par la loi de 1855. Il va de soi que, comme le partage, elle est assujettie à la publicité par la loi foncière et que si elle n'a pas été inscrite, elle n'est pas opposable aux tiers de bonne foi qui ont traité avec l'un des ex-communistes.

440. — CESSIONS DE PARTS INDIVISES. — Il en est de même des cessions de parts indivises ou de droits successifs, qui ont l'effet déclaratif, lorsqu'elles font cesser entièrement l'indivision.

441. — CONVENTIONS D'INDIVISION. — La convention d'indivision ne peut lier les tiers acquéreurs d'une part indivise que si elle a été inscrite. En ce qui concerne les créanciers, la question de savoir si le pacte d'indivision est de nature à les empêcher de poursuivre le partage est controversée. En tous cas, il ne peut avoir cet effet, en Tunisie, qu'à la condition d'avoir reçu la publicité du livre foncier.

442. — TRANSACTIONS. — La transaction est, en principe, un acte déclaratif. Mais elle peut être translatrice de propriété si elle

comporte l'abandon d'un droit non litigieux. Dans l'un et l'autre cas, elle est sujette à inscription lorsqu'elle intéresse la propriété immobilière ou un droit réel immobilier.

443. — ACTES JUDICIAIRES. — Il en va encore de même du procès-verbal de conciliation dressé par le juge de paix, du jugement dit d'expédient par lequel le tribunal donne acte à l'une des parties de la reconnaissance de son droit par l'autre partie, de la sentence arbitrale, des décisions judiciaires en général, soit que ces divers actes aient l'effet déclaratif, soit qu'ils aient l'effet translatif. Il suffit, pour qu'ils soient soumis à la publicité, qu'ils entraînent la modification d'une inscription.

444. — PARTAGES D'ASCENDANT. — La donation-partage est soumise à la publicité à la fois comme donation et comme partage et aussi le partage testamentaire qui comporte en même temps mutation par décès et partage.

§ 4. — Autres conventions

445. — BAUX. — Le droit du preneur sur la chose louée n'est pas un droit réel, mais un droit de créance. L'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence est en ce sens. Elle est confirmée, au point de vue de la loi foncière, par le fait que l'art. 13 qui contient une énumération limitative des droits réels n'y comprend pas le droit du locataire. Mais la loi foncière, comme d'ailleurs la loi de 1855, assujettit les baux à l'inscription parce qu'imposant à la propriété une charge susceptible d'en diminuer la valeur, ils intéressent les tiers.

La différence entre la loi française et la loi tunisienne, c'est que l'une, en soumettant à la transcription seulement les baux de plus de 18 ans, fait à la publicité une part trop restreinte, tandis que l'autre, en décidant dans son art. 17 que « tout bail dépassant une année devra être inscrit pour être opposable aux tiers », se montre au contraire trop rigoureuse. Les auteurs de la loi foncière étaient dominés par le souci de supprimer les charges occultes. Ils ont estimé que la règle qu'ils adoptaient en ce qui concerne le contrat de louage ne soulèverait pas de difficultés d'application, parce qu'à l'époque, dans les usages tunisiens, les locations étaient presque toujours annuelles. Mais aujourd'hui que des baux de plus longue durée sont devenus courants, il apparaît avec évidence qu'ils ont dépassé

le but. La plupart des locations soumises à la publicité par la loi ne sont pas inscrites en fait. Les locataires peuvent, en principe, être expulsés par un nouveau propriétaire et réduits à un recours contre le bailleur. S'ils échappent le plus souvent à ce risque, c'est parce que les contrats de vente et les cahiers des charges dressés en vue d'adjudications à la barre imposent d'ordinaire à l'acquéreur l'obligation d'exécuter les baux en cours. La disposition de l'art. 17 ne s'accorde pas avec les tendances législatives récentes qui sont, au contraire, extrêmement favorables aux locataires et aux fermiers. Les baux de trois ans ou ceux de plus longue durée, lorsque le preneur a la faculté de les dénoncer à la fin de périodes n'excédant pas trois ans, devraient être dispensés de la publicité comme ne constituant pas des charges anormales de la propriété ⁽¹⁾.

Il importerait également que la loi disposât comme l'art. 3 de la loi de 1855, comme l'art. 68 de la loi marocaine, que les baux non inscrits sont opposables aux tiers jusqu'à l'expiration de la période de trois ans en cours au moment où le droit du preneur entre en conflit avec celui des tiers. Il y a lieu, en effet, de remarquer que les art. 17 et 313 ne se bornent pas à réduire au profit des tiers la durée des baux non inscrits; ils déclarent expressément que le bail de plus d'un an n'est pas opposable aux tiers, donc ne produit aucun effet à leur égard, s'il n'a pas été inscrit. A prendre à la lettre ces dispositions, le locataire ne pourrait donc se prévaloir de son contrat à l'encontre de l'acquéreur ou du créancier même pour l'année en cours : il aurait ainsi moins de droit que le locataire à l'année dont le bail est dispensé d'inscription et n'a besoin que d'avoir date certaine ⁽²⁾. Si les tribunaux venaient à admettre cette solution, ils la tempéreraient sans doute en jugeant que l'acquéreur est tenu d'observer les délais de congé conformément à l'art. 1.736, C. civ. ⁽³⁾.

(1) L'avant-projet de la commission du cadastre (art. 3) ne soumet à l'inscription que les baux excédant 12 années. De même, la législation d'Alsace-Lorraine (art. 40). Mais il ne convient pas d'aller jusque là, en Tunisie, parce que les usages sont différents et que les baux d'une durée ferme de plus de trois ans ne sont pas extrêmement nombreux. Le terme de trois ans a été adopté à Madagascar (art. 129), au Congo (art. 41), en Afrique Occidentale (art. 131), au Maroc (art. 68) et en Indo-Chine (art. 316).

(2) A Madagascar et en Afrique Occidentale, les baux de plus de trois ans sont soumis à la publicité. La Cour de Tananarive décide que le bail non inscrit est non avenu pour le tout à l'égard de l'acquéreur (21 avril 1906, 3 août 1929). Au contraire la Cour de Dakar a jugé que le tiers acquéreur pouvait seulement obtenir la réduction de la durée du bail à trois ans (1er février 1929. LOTA, *op. cit.*, n° 490).

(3) L'avant-projet de la commission du cadastre (art. 22) et la loi marocaine règlent (en des sens d'ailleurs divergents) les difficultés d'interprétation auxquelles a donné lieu la loi de 1855 quant au calcul de la période en cours. En cas de révision de la loi foncière, il y aurait intérêt à éviter semblable controverse. L'art. 9 de l'avant-projet de la commission du cadastre soumet à l'inscription le bail dont la durée ne commence pas à courir immédiatement toutes les fois que le terme dépasse l'expiration de la 12^e année à compter du contrat (P.-V., fascicule 9, p. 104).

446. — QUITTANCES OU CESSIONS DE LOYERS NON ÉCHUS. — Les quittances ou cessions de loyers non échus ne sont opposables aux tiers, d'après l'art. 343, qu'à charge d'inscription si la somme payée ou cédée représente plus d'une année de loyer ou fermage. Cette disposition se justifie beaucoup mieux que celle relative aux baux. Il n'est pas d'usage que les loyers ou fermages soient payés d'avance pour plusieurs années. Les cessions de loyers non échus sont également des actes insolites, couvrant le plus souvent des prêts usuraires. Elles sont susceptibles de nuire aux tiers très gravement. La loi française qui n'a exigé la transcription que lorsque la somme payée ou cédée est au moins équivalente à trois années de loyers, n'a pas assuré aux acquéreurs et créanciers une protection suffisante; la règle tunisienne est préférable.

447. — SOUS-LOCATIONS, CESSIONS DE BAIL. — Il est douteux que la sous-location ou la cession d'un bail soit soumise à la publicité. Pour la négative, on peut faire valoir que si les art. 15, 342, 343 imposent d'une manière absolument générale la publicité en ce qui concerne les droits réels, les conventions relatives à des droits personnels ne doivent au contraire être inscrites que si la loi a expressément ordonné qu'elles le soient. Or, il n'y a rien dans la loi foncière au sujet de la sous-location ou cession du bail et cela s'explique, car il importe peu aux acquéreurs ou créanciers que le droit de jouir de l'immeuble appartienne au locataire ou au sous-locataire, au cédant ou au cessionnaire ⁽¹⁾.

448. — ALIÉNATION SOUS CONDITION SUSPENSIVE. — Des difficultés se présentent lorsqu'il s'agit de décider si les aliénations de propriété ou de droits réels, affectées d'une condition qui en suspend l'effet, sont susceptibles d'être inscrites avant l'événement de la condition. Tant que la condition est pendante, l'acquéreur n'est pas propriétaire, il se peut même qu'il ne le devienne jamais, au contraire il le devient rétroactivement si la condition s'accomplit. Toutefois, il peut faire des actes conservatoires et, en France, on admet sans discussion que son contrat doit être transcrit, qu'il est ainsi opposable aux tiers et que, l'acte ayant été transcrit, l'événement de la condition n'a pas besoin d'être rendu public (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, § 209). Mais la question est autre sous un régime du publicité réelle avec force

(1) Cependant, si le bailleur intervient à la cession, pour l'approuver, l'acte est en réalité un nouveau bail et il est, dès lors, assujéti à la publicité.

probante qui n'admet à figurer sur les registres que des droits certains. L'acquéreur n'ayant pas encore de droit réel jusqu'à ce que la condition se réalise ne peut obtenir la consécration du livre foncier. C'est ce qui semble résulter du texte de l'art. 343 de la loi tunisienne qui prévoit l'inscription des conventions ayant pour effet de transmettre des droits réels d'aliénation sous condition suspensive (ne transmet pas de droit réel) et qui énumère les conventions génératrices seulement d'obligations personnelles susceptibles de recevoir la publicité sans y comprendre le contrat qui nous occupe.

Si la vente sous condition suspensive était inscrite, il y aurait une équivoque sur le droit de propriété qui aurait simultanément deux titulaires, le vendeur et l'acquéreur; l'immeuble pourrait être grevé de droits du chef de l'un et du chef de l'autre, ce qui ne manquerait pas de jeter le désordre et la confusion dans les titres de propriété. Il faut reconnaître que, d'autre part, le refus d'inscrire l'aliénation a des conséquences graves et rigoureuses : il permet à l'aliénateur de mauvaise foi de se soustraire à l'exécution de ses engagements en aliénant de nouveau la propriété ou en la grevant de droits réels. C'est pourquoi la commission du cadastre, en refusant l'inscription de l'aliénation sous condition suspensive, avait proposé de donner à l'acquéreur le droit de requérir une prénotation (art. 37 de l'avant-projet). La loi foncière ne lui a pas réservé ce moyen de sauvegarder ses intérêts, il ne peut que se faire remettre la copie du titre, dont la détention lui procurera une garantie partielle, mais insuffisante.

449. — PROMESSE DE VENTE ADJOINTE A UN BAIL. — La promesse de vente ne crée qu'une obligation personnelle pour le promettant. Elle n'est pas de nature à être transcrite utilement (Cass., 26 mai 1908, D., 09, 1. 425 et note). Néanmoins l'art. 372 de la loi foncière qui détermine les énonciations devant figurer dans les inscriptions des baux, dispose que « le droit concédé au locataire ou à l'emphytéote d'acheter le fonds doit être mentionné pour être opposable aux tiers ». Ainsi, vraisemblablement dans le but de favoriser les contrats de « location-vente », utiles dans les pays neufs pour la mise en valeur du sol, notre loi a admis qu'une promesse de vente adjointe à un bail ordinaire ou emphytéotique peut être inscrite et que son inscription assure au preneur un droit à l'encontre des tiers. Quel est-ce droit ? Celui, évidemment, d'obtenir l'exécution de la convention intervenue, c'est-à-dire d'acquérir, pendant le délai fixé, la propriété moyennant le prix stipulé par le promettant. D'où, il résulte que si le propriétaire vend l'immeuble à une autre personne, cet acquéreur

pourra être évincé par le bénéficiaire de la promesse de vente et que, si les créanciers du promettant s'inscrivent après l'inscription de la promesse, le locataire ou emphytéote qui lèvera l'option leur devra seulement le prix convenu sans qu'ils puissent exercer le droit de surenchère. Il en résulte de même qu'en cas de poursuites intentées par un de ces créanciers postérieurs le bénéficiaire de la promesse pourra arrêter la procédure de saisie en réalisant l'acquisition de l'immeuble et en se libérant du prix convenu.

La disposition de l'art. 372 est dérogoratoire aux règles ordinaires puisqu'elle ne vise pas un droit réel, mais un droit personnel. Dès lors il n'y a pas lieu de l'étendre au cas où la promesse de vente est, soit pure et simple, soit adjointe à un autre contrat que ceux de bail et d'emphytéose, par exemple à un contrat de prêt hypothécaire. Dans ces cas, l'inscription serait, à mon avis, sans effet légal ⁽¹⁾.

450. — CONTRAT DE MOGHARSA ⁽²⁾. — Comme le *habous*, le *mogharsa* n'est pas nommé dans la loi foncière. Son étude exigerait de longs développements qui ne peuvent trouver place ici ⁽³⁾. Je n'ai à l'examiner que du point de vue de la publicité au livre foncier. La question de savoir s'il doit être inscrit est, à la fois, délicate, parce qu'il n'entre dans aucune de nos catégories juridiques, et importante, parce qu'il a reçu des applications nombreuses pour la plantation des oliviers et qu'il a été, en particulier, le facteur essentiel de la magnifique rénovation économique de la région sfaxienne.

Le *mogharsa* n'est pas notre bail à complant. Il est un contrat *sui generis*, qui, comme le bail à complant, comme le métayage, participe à la fois de la société et du bail. Le planteur acquiert un droit de co-propriété indivise sur le sol, mais sous condition suspensive. Cette condition est réalisée lorsque les arbres plantés entrent dans la période de fructification. De cette époque, le *mogharsi* est co-propriétaire; il a le droit de demander le partage. *Pendente conditione*, son droit à la propriété n'a pas encore d'existence, il n'est pas né, il ne constitue qu'une chance, une espérance. La réalisation de la condition n'a d'ailleurs pas d'effet rétroactif (Note de M. Rec tenwald, *R. A.*, 22-23, 2, 287).

(1) L'inscription des promesses de ventes est prévue dans la législation d'Alsace-Lorraine (art. 38).

(2) *Supra*, nos 118, 159.

(3) Louis MILLIOT, *L'association agricole chez les musulmans du Maghreb*. Note de M. Morand sous un jugement du Tribunal mixte du 2 novembre 1903 (*R. A.*, 05, 2, 143). Note de M. Rec tenwald sous un jugement du Tribunal de Sousse du 9 février 1922 (*R. A.*, 22-23, 2, 284).

La loi foncière n'a pas prévu l'inscription, ni la prénotation, des aliénations sous condition suspensive, ainsi que je l'ai exposé ci-dessus (n° 448). Si on considère le *mogharsa* du point de vue de la publicité des droits réels, la solution ne paraît pas faire de doute. Jusqu'à la fructification des arbres, le planteur n'a pas de droit réel. Au contraire du jour de la fructification, il est co-propriétaire et cette transmission de la propriété ne saurait, par application directe des art. 15, 342 et 343, être opposable aux tiers qu'à la condition d'être inscrite.

Si l'on considère le *mogharsa* du point de vue de la publicité des baux, la solution est moins sûre. On pourrait soutenir que, même avant la fructification, ce contrat est assujéti à la publicité. Ce serait une interprétation extensive de l'art. 17 qui prévoit l'inscription du droit du preneur à bail et de l'art. 372 qui prévoit celle de la promesse de vente adjointe à un bail.

Si l'on admettait cette manière de voir, le droit du planteur devrait toujours être inscrit, avant la fructification parce qu'il serait assimilable à celui du locataire et plus particulièrement du locataire avec promesse de vente, après la fructification parce qu'il est devenu un droit de co-propriété. A défaut de publicité, il ne serait pas opposable aux tiers ⁽¹⁾.

Toutefois, la pratique a été différente et la jurisprudence est confuse. On n'inscrit pas, en général, le bail à *mogharsa*. De même, les parties ne dressent pas ordinairement d'acte constatant que, par la fructification des arbres, elles sont désormais dans l'indivision. Elles procèdent à un partage, ce qui est d'ailleurs préférable, mais elles passent et font inscrire l'acte avec des retards plus ou moins longs, souvent plusieurs années après que la plantation a commencé à produire des fruits. Il en résulte une situation pleine de dangers pour les *mogharsis*. Quant aux tribunaux, ils ont parfois jugé que c'était le partage qui rendait le planteur propriétaire et que jusqu'au partage le planteur n'avait pas de droit réel susceptible d'être inscrit (T. M., 2 nov. 1903, *J. T.*, 04, 243; T. M., 23 janv. 1904, *J. T.*, 04, 269). Mais voir également T. M., 12 avril 1904 (*J. T.*, 04, 273) et Sousse, 9 fév. 1922 (*R. A.*, 22-23, 2, 284).

(1) Il ne s'ensuit pas que les cessions du droit du planteur antérieures à la fructification soient également assujetties à la publicité. Ces cessions, qui sont nombreuses, sont rarement constatées par des actes réguliers au point de vue de la loi foncière. La nécessité de les inscrire entraînerait de graves difficultés pratiques. Mais on peut les écarter de la règle de la publicité, de même que j'ai proposé d'écarter la sous-location et la cession du bail et pour les mêmes motifs. Il suffirait qu'au jour du partage avec le dernier cessionnaire, le titulaire de l'inscription intervint pour consentir à la radiation.

CHAPITRE V

PRINCIPE DE LA FORCE PROBANTE DES INSCRIPTIONS

§ 1. — Dualité des systèmes sur la portée de la force probante

451. — GÉNÉRALITÉS. — L'autorité du registre public, ou force probante des inscriptions, est la caractéristique essentielle des législations foncières se rattachant soit au droit allemand, soit au système Torrens. Alors que sous le régime du code civil et ceux similaires, la publicité a seulement pour effet de rendre les actes translatifs opposables aux tiers, de donner la priorité au premier inscrit, sous le régime des livres fonciers l'inscription prouve, dans une mesure plus ou moins large, la légitimité du droit qu'elle constate. Les autres différences, d'ailleurs très importantes, sont de forme : publicité réelle substituée à la publicité personnelle, ou d'étendue : publicité de tous les faits et conventions translatifs ou déclaratifs au lieu de la publicité des seules transmissions entre vifs. Celle-ci est plus profonde; elle confère à l'inscription un rôle nouveau qui vise à procurer une sécurité plus grande aux transactions et une assise plus solide au crédit.

452. — FORCE PROBANTE ABSOLUE ET FORCE PROBANTE RELATIVE. — La force probante a été admise suivant les législations avec des effets plus ou moins larges. On peut l'entendre de deux manières. Il y a la force probante absolue qui affranchit le droit inscrit de toute action révocatoire, même entre parties, et la force probante relative qui protège seulement les tiers ayant traité sur la foi de l'inscription contre les conséquences des vices pouvant affecter le titre de leur auteur.

Dans le premier système, qui est celui de l'*Act Torrens*, le titre fait preuve du droit inscrit à l'égard de tous, au profit du titulaire de l'inscription comme au profit des tiers; les actions relatives à l'immeuble se résolvent généralement en dommages-intérêts dûs à la partie lésée par celui qui a causé le dommage et subsidiairement par

un fonds d'assurance; sauf de rares exceptions, le propriétaire indûment dépossédé n'obtient pas la restitution de son bien il n'a droit qu'à une indemnité.

Dans le deuxième système, la publicité ne met pas d'obstacle entre les parties à l'exercice des actions qu'ouvre le droit civil, mais, sauf exceptions et sous réserve de certaines conditions, ces actions ne réfléchissent pas contre les tiers qui ont contracté avec l'acquéreur inscrit : la nullité ou la résolution du droit de cet acquéreur n'anéantit pas les droits conférés par lui à des sous-acquéreurs et créanciers.

Le premier système paraît reposer nécessairement sur la règle que c'est l'inscription et non pas la convention qui transfère la propriété ⁽¹⁾. Le deuxième se concilie dans d'assez nombreuses législations avec cette règle, mais il semble qu'en bonne logique, il s'accorde mieux avec notre conception du transfert de la propriété par le consentement. Les adeptes que l'*Act Torrens* avait fait en France, à l'époque où fut promulguée la loi tunisienne, ne connaissaient pas d'autre force probante que celle qui attachait à l'inscription le transfert irrévocable, à l'égard de tous, de la propriété. Cela explique que la distinction entre le principe de la publicité et celui de la force probante n'ait pas été toujours nettement formulée dans les études publiées sur le système des livres fonciers; l'autorité du registre public n'apparaissait pas à l'état de principe distinct, mais comme un effet de la publicité, telle que l'instituaient les lois australiennes ⁽²⁾.

453. — JUSTIFICATION DE LA FORCE PROBANTE RELATIVE. — Entre la force probante absolue et la force probante relative, il n'y a pourtant pas, à mon avis, lieu d'hésiter. La première donne, sans doute, à la propriété et au crédit immobilier une base plus ferme, puisqu'elle ne permet presque jamais de remettre en question les énonciations du registre public, mais elle ne répond pas suffisamment à l'idée de justice, car ce n'est pas satisfaire complètement l'équité que d'accorder une indemnité à qui est en droit d'exiger la restitution de sa chose. Pour justifier une telle expropriation, il fau-

(1) *Supra*, n° 419.

(2) M. Dain écrivait, en 1885, qu'il convenait de ramener les règles du droit germano-australien à deux principes : celui de la publicité et celui de la légalité. Le principe de la publicité consiste dans cette règle que les droits réels n'existent, même entre les parties, qu'à partir de l'inscription, d'où il résulte, disait-il, que les registres font foi à l'égard de tous. Le principe de la légalité veut qu'en raison de leur force probante, les registres ne contiennent que des déclarations préalablement contrôlées (*R. A.*, 85, 1, 306). Cela était vrai du droit australien, mais non du droit germanique, car la loi prussienne de 1872, bien que comportant l'investiture, n'excluait pas l'exercice des actions réelles *inter partes*.

draît qu'il y eût un intérêt général impérieux comme celui devant lequel on se trouve en Tunisie en matière d'immatriculation. On n'aperçoit pas ici l'existence de cet intérêt général : la sécurité des transactions et du crédit impose qu'on protège les tiers, mais non qu'on soustraye les parties elles-mêmes à l'application du droit commun ⁽¹⁾.

La force probante relative est, au contraire, une règle raisonnable, qui ne fait pas violence à l'équité. Lorsqu'un conflit s'élève entre des précédents propriétaires et des sous-acquéreurs ou des créanciers de l'acquéreur, ce sont ces derniers qui, sous le régime du code civil, sont, en général, sacrifiés, même s'ils sont de bonne foi. La force probante relative renverse la règle du code civil; les précédents propriétaires risquent d'être lésés, au lieu des sous-acquéreurs et créanciers. L'autorité du registre foncier n'a ni créé, ni aggravé le dommage, elle n'a fait que le déplacer. Or, on ne saurait dire, *a priori* et d'une manière générale, qu'il soit plus équitable de mettre le préjudice causé à la charge des sous-acquéreurs et créanciers que de le laisser supporter par les auteurs de celui qui a aliéné.

Ce serait, d'ailleurs, donner de notre principe une vue très incomplète et inexacte que de le considérer comme ayant pour résultat irrémédiable de paralyser l'action réelle des anciens possesseurs lorsque les intérêts des tiers sont en jeu. La publicité du livre foncier n'est pas ouverte qu'aux aliénations et constitutions de droits réels, elle sert également à conserver au regard de tous le droit du demandeur éventuel en nullité. Une législation bien faite doit permettre aux précédents propriétaires de placer, dans le plus grand nombre des cas, leurs droits sous la sauvegarde de la publicité. Nous étudierons plus loin la publicité des causes de résolution, nous verrons les modalités et les nuances que comporte l'application de la force probante et comment il est possible de réaliser un juste équilibre entre les intérêts en présence.

Si le principe de la force probante fait fléchir la règle fondamentale du droit français que nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en possède lui-même (*nemo dat quod non habet*), il n'est, cependant, pas sans avoir, en France, quelques précédents. Notre droit donne parfois des solutions qui sont conformes aux conséquences

(1) Des publicistes français professaient vers 1880 une admiration un peu exagérée pour les lois Torrens. Ils auraient pu trouver en Allemagne un droit plus évolué qui, à certains égards, convenait mieux que celui de l'Australie à un pays de vieille civilisation. L'engouement de cette époque pour le système australien a été suivi d'une réaction dans laquelle une partie de l'opinion a englobé, bien à tort, toute l'institution des livres fonciers.

que nous tirons de la force probante relative : la Cour de cassation ; valide les aliénations consenties par l'héritier apparent ; le code civil refuse au donateur l'action en révocation pour ingratitude du donataire, lorsque l'immeuble a été aliéné, ou au vendeur l'action résolutoire, si cette action n'a pas été rendue publique avant la transcription d'une revente ; enfin, l'inscription d'hypothèque, indûment radiée et ensuite rétablie, ne préjudicie pas aux tiers qui ont traité sur la foi de la radiation. Ces exemples montrent qu'il n'y a pas d'antinomie absolue entre nos institutions juridiques et la force probante des inscriptions à la condition que celle-ci soit contenue dans de judicieuses limites.

§ 2. — Dispositions de la loi tunisienne

454. — CONSÉCRATION PAR LA LOI TUNISIENNE DE LA FORCE PROBANTE RELATIVE. — Nous avons vu, en étudiant la purge des droits antérieurs résultant de l'immatriculation, que les inscriptions prises en exécution du jugement du Tribunal mixte ont la force probante absolue ⁽¹⁾. Nous avons donné (n° 111) les motifs de cette règle et examiné les mesures qu'a prises le législateur pour éviter les spoliations.

En ce qui concerne toutes les autres inscriptions, c'est-à-dire celles des actes intervenus au cours de l'instance en immatriculation et celles effectuées directement par le conservateur, c'est le système de la force probante relative qui a été adopté par la loi tunisienne. Le législateur n'est pas toutefois arrivé, du premier coup, en cette matière nouvelle et difficile, à des conceptions cohérentes et claires. Les textes portent encore des traces des anciens flottements et il est utile, pour les comprendre, d'étudier leur évolution.

455. — HISTORIQUE. — L'avant-projet du Premier ministre (*R. A.*, 85, 1, 37) proposait d'adopter intégralement le système australien qui fait dépendre, même entre les parties, l'acquisition des droits réels de la publicité et qui donne à l'inscription une force, en principe, irréfragable : l'art. 12 portait que « tout droit réel constitué dans l'avenir n'existera que par le fait et du jour de la transcription » et l'art. 28 que « l'inexécution d'une convention non transcrite et l'annulation d'une convention transcrite relatives à un droit réel se résoudront en dommages-intérêts ». Des membres de la com-

(1) Nos 107 et suiv.

mission qui fut chargée d'examiner ce projet élevèrent, vraisemblablement, des objections contre des règles qui étaient si éloignées du code civil. On chercha une transaction, un moyen de concilier l'*Act Torrens* et le code civil, mais, faute de documentation⁽¹⁾ et d'expérience, on n'aboutit qu'à des dispositions contradictoires : l'art. 15 ne paraissait exiger la publicité que pour rendre le transfert de la propriété et des droits réels opposable aux tiers, mais l'art. 342 disposait comme l'avant-projet que « tout droit réel relatif à un immeuble déjà immatriculé n'existera que par le fait et du jour de son inscription », ce qui pouvait être interprété comme un retour à la règle australienne du transfert par l'inscription. En opposition complète avec cette conception, l'art. 16 instituait l'autorité du registre dans l'intérêt des tiers seulement. Encore les art. 235 et 236 créaient-ils des exceptions à la force probante au profit des tiers pour les inscriptions d'hypothèques dans les cas de faillite et de succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. D'autre part, l'art. 252 reproduisait l'art. 2125 C. civ. aux termes duquel « ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ». Cette dernière disposition copiée avec d'autres articles du code civil, trahissait la pensée des auteurs de la réforme, car elle anéantissait la sécurité promise dans la matière où cette sécurité était le plus nécessaire, celle du crédit hypothécaire. Peu de temps après la promulgation de la loi, M. Dain, professeur à l'Ecole de droit d'Alger, chargé d'une mission en Tunisie par le Gouvernement général de l'Algérie, fit très clairement ressortir, dans son rapport, les contradictions qui existaient entre les dispositions de la loi tunisienne. Il s'éleva particulièrement contre l'art. 252 qui était, disait-il « la négation de tout le système »⁽²⁾. Les observations de M. Dain amenèrent le législateur à réviser ses textes avant qu'ils n'entrassent en vigueur. Par la loi du 16 mai 1886, on ajouta à l'art. 342 les mots « à l'égard des tiers », ce qui établit définitivement que le transfert des droits réels a lieu par la convention. Mais, d'autre part, on se

(1) Il aurait fallu ne pas consulter exclusivement la loi Torrens, mais étudier aussi les lois allemandes et particulièrement comme l'indique M. Dain « demander des exemples aux législations qui ont introduit les livres fonciers dans plusieurs contrées rhénanes encore régies par notre code civil ».

(2) *R. A.*, 85, 1, 285. M. Dain concluait cependant : « Malgré ces contradictions, je n'hésite pas à penser que la théorie de l'acquisition des droits réels par la seule inscription a prévalu dans la loi tunisienne. Cette interprétation résulte des discussions engagées au sein de la commission... ».

préoccupa de protéger effectivement le crédit hypothécaire et c'est dans ce but qu'on compléta l'art. 252 de la manière suivante : « Cette disposition ne pourra, toutefois, conformément à l'art. 16 ci-dessus, préjudicier aux droits que les créanciers hypothécaires auraient fait inscrire régulièrement ». Il restait les exceptions à la force probante des inscriptions d'hypothèques dans les cas de faillite et de succession bénéficiaire, mais elles disparurent lors de la révision de 1892, par l'abrogation des art. 235 et 236.

456. — INTERPRÉTATION DES TEXTES. — Dans l'état définitif de la loi foncière, il est, à mon avis, incontestable que les tiers, sous-acquéreurs ou créanciers hypothécaires, n'ont pas, en principe, à subir l'effet des causes de nullité et de résolution non publiées qui peuvent vicier le titre du propriétaire inscrit. Si de rares commentateurs ont, autrefois, douté ou nié que notre législation ait institué la force probante, c'est parce qu'ils entendaient par force probante ou légalité le refus de toute action réelle *inter partes* comme corollaire d'une règle qui aurait subordonné le transfert des droits réels à l'inscription ⁽¹⁾ ou parce que le sens de la loi a été obscurci à leurs yeux par le malencontreux art. 252 et par l'insuffisance des dispositions réglant le rôle du conservateur ⁽²⁾. Il eût mieux valu assurément abroger l'art. 252. Cette disposition n'a plus aucune portée, elle demeure comme un rébus pour qui n'en a pas recherché l'explication dans les vicissitudes des origines. Peut-être le législateur de 1886 ne s'est-il pas, lui-même, clairement rendu compte qu'il ôtait toute application, toute raison d'être à la règle du code civil, mais son intention de faire bénéficier les créanciers hypothécaires comme les sous-acquéreurs de la force probante est néanmoins certaine. Elle résulte des circonstances dans lesquelles est intervenue la réforme et de la référence à l'art. 16 contenue dans le nouveau texte.

(1) C'est le cas de M. Gonse, le seul auteur qui se soit prononcé nettement. M. Gonse écrivait, en 1886 : « les incertitudes, justement signalées par M. Dain, existent-elles encore aujourd'hui ? Le 16 mai 1886, en effet, la loi tunisienne a été l'objet d'une révision à laquelle les observations de M. Dain ne sont sans doute pas étrangères. A l'art. 252 a été ajouté un nouveau paragraphe : ... Le doute aurait disparu si l'art. 342 à son tour n'avait pas été modifié par l'introduction d'un membre de phrase qui en transforme la portée. Il est maintenant ainsi conçu : ... Que faut-il conclure de cette rédaction nouvelle rapprochée des art. 15, 16 et 17 ? Le principe de publicité est-il maintenant complètement abandonné ? N'empruntant à l'*Act Torrens* que les formes extérieures, la loi tunisienne, en réalité, se rattache-t-elle au système de la loi française sur la transcription ? (*Communication à la société de législation comparée*, Bulletin de la société, 86-87, p. 562).

(2) Charles GIDE, même bulletin, pp. 317 à 318. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. I, n° 103.

L'auteur de la note déjà citée, publiée dans le recueil Sirey (10, 2, 289) a, il est vrai, exprimé la crainte que l'art. 16, lui-même, n'ait énoncé le principe d'une manière « peu catégorique ». Mais il n'y a pas, sur ce point, lieu de concevoir des inquiétudes. La disposition de l'art. 16 exprime, à mon avis, l'autorité du registre public en des termes très généraux et parfaitement nets. Elle paraît d'autant plus claire qu'on la rapproche de l'art. 15, qui institue le principe de la publicité, avec lequel elle fait antithèse : d'une part, le droit réel « n'existera à l'égard des tiers », c'est-à-dire ne leur sera opposable, que par le fait et du jour de son inscription, d'autre part « l'existence d'un droit réel résultera à l'égard des tiers de son inscription », c'est-à-dire sera démontrée à leur profit par les énonciations du registre et, ajoute notre article, « l'annulation de l'inscription ne pourra, en aucun cas être opposée aux tiers de bonne foi ». Le législateur a eu le tort — on le constatera plus loin — après avoir établi le principe, de n'en avoir pas déduit les applications, de n'avoir prévu que d'une manière fragmentaire l'inscription ou la prénotation des causes de résolution et pour celles de ces causes qui ne se prêtent pas à la publicité de n'en avoir pas déterminé avec précision l'effet à l'égard des tiers. La loi est imparfaite, incomplète, elle laisse trop de place à l'interprétation. Mais la formule générale qu'elle a employée ne paraît pas mériter le reproche d'ambiguïté ⁽¹⁾.

Le principe de la force probante résulte encore de divers textes qui seront examinés ci-dessous : de l'art. 53 qui permet de prénoter « toute demande tendant à faire prononcer la nullité ou la modification de droits réels immobiliers » et de l'art. 54 qui décide que « si la demande n'a pas été inscrite, le jugement n'aura d'effet, vis-à-vis des tiers, qu'à dater du jour de son inscription », des art. 246 et 247 qui prévoient l'inscription de l'action résolutoire du vendeur non payé de son prix et de l'art. 248 qui dispose qu'« à défaut d'inscription... la résolution de la vente ne pourra, en aucun cas, être opposée aux tiers ». M. E. H. Labbe a, enfin, tiré un argument intéressant de la suppression de la prescription : le législateur de 1892 a supprimé non seulement la prescription *contra tabulas*, mais encore la prescription *secundum tabulas*, celle qui aurait pu consolider les énonciations du titre. « Aurait-il cru pouvoir le faire s'il n'avait pensé que

(1) Voici la formule du Code civil allemand : « art. 892. Le contenu au livre foncier est réputé exact au profit de celui qui acquiert par un acte juridique un droit sur l'immeuble ou un droit greffé sur ce droit, à moins qu'il n'existe une opposition à la légalité du droit inscrit ou que la nullité n'en soit connue de l'acquéreur ». Voir art. 66 du *dahir* marocain de 1913 et 3 et 202 du *dahir* du 2 juin 1915.

ces énonciations avaient pleine force par elles-mêmes ? » (R. A., 09, 2, 383).

En fait, d'ailleurs, la loi foncière a toujours été interprétée, en Tunisie, comme comportant la force probante. Les idées exposées dans la préface à la traduction de Maxwell et dans l'étude qui a pour titre : « *Une conservation d'hypothèques sous le régime des livres fonciers* », par M. de France de Tersant, ont la valeur d'un témoignage direct, l'auteur ayant été chargé de mettre la loi en application et ayant pris une part prépondérante à la révision de 1886. M. Besson, après avoir analysé la loi tunisienne en s'aidant d'un mémoire inédit de M. de France de Tersant, loue le législateur d'avoir su concilier un système de « force probante des inscriptions conférant aux tiers acquéreurs ou créanciers une entière sécurité » avec la règle française de l'acquisition de la propriété par le consentement (*op. cit.*, p. 389). La même interprétation a été donnée par M. Lescure. Elle a toujours été celle des tribunaux de Tunisie, des praticiens et du public. La note publiée dans Sirey, constate elle-même que toutes les transactions immobilières sont basées sur la conviction que la loi a doué le titre de propriété de la force probante⁽¹⁾. Le Gouvernement, qui est législateur, a laissé, depuis plus de 40 ans, cette opinion s'accréditer, si même il n'a pas contribué à la répandre; il a laissé le conservateur exercer son contrôle en fonction de la force probante. Ce serait, s'il en était besoin, la confirmation que l'esprit de la réforme immobilière n'a pas été violé. Aussi bien les appréhensions, que l'auteur de la note Sirey avait conçues, au vu d'un arrêt du 16 juin 1909⁽²⁾, quant à la jurisprudence éventuelle de la Cour de cassation, ne se sont pas réalisées. Tout au contraire, l'arrêt de la chambre civile du 7 décembre 1926⁽³⁾ reconnaît l'existence, en Tunisie, du principe de la force probante et en détermine avec précision la portée.

(1) Voir l'intéressant discours de M^e Paoli à la conférence du stage des avocats du barreau de Tunis, *J. T.*, 31, 38-67. L'opinion publique a plutôt une tendance à s'exagérer l'autorité du livre foncier. Elle distingue mal la différence entre la force probante absolue et la force probante relative et ne se rend pas suffisamment compte que celui qui acquiert ou qui prête n'est pas un tiers dans ses rapports avec le propriétaire inscrit qui aliène ou hypothèque et que s'il n'a pas à se préoccuper de la régularité des mutations antérieures, il lui appartient du moins de s'assurer de la régularité de ses propres conventions, par exemple de la capacité de disposer de son co-contractant, même si le titre ne révèle pas d'incapacité, *Infra*, n° 476.

(2) *Infra*, n° 488.

(3) *Infra*, n° 488.

§ 3. — Conditions requises pour se prévaloir de la force probante

457. — DE LA BONNE FOI. — Nous avons vu que le défaut de publicité peut être opposé par tout tiers intéressé et que, comme en France, on est recevable à l'invoquer même si l'on a eu indirectement connaissance de l'acte non inscrit, sauf, toutefois, le cas de concert frauduleux. Il n'en est pas de même en ce qui concerne la force probante : l'art. 16 exige la bonne foi, dont ne parle pas l'art. 15, relatif à la publicité. Cette différence, que l'on retrouve dans le projet de la commission du cadastre et dans nos diverses législations coloniales, s'explique facilement, tout au moins, en ce qui concerne les causes d'éviction qui ne sont pas susceptibles d'être soumises à la publicité dès leur naissance : la force probante met les tiers à l'abri des risques qui peuvent les surprendre, mais elle n'est pas faite pour assurer le succès aux opérations malhonnêtes ou aléatoires. « Celui-là ne peut alléguer sa confiance dans les énonciations de l'inscription qui la savait mensongère ou fragile » ⁽¹⁾. Pour les causes de résolution, qui peuvent, à tout moment, être rendues publiques et que l'aliénateur est en faute de laisser demeurer occultes, on concevrait, au contraire, que la bonne foi ne fût pas exigée des tiers, mais seulement l'absence de fraude (*supra*, n° 424). Le projet de la commission du cadastre comportait cette distinction ⁽²⁾. Toutefois, la loi tunisienne, n'ayant pas complètement organisé la publicité des causes de résolution a agi prudemment en faisant dans tous les cas de la bonne foi la condition de la force probante.

La bonne foi consiste pour le tiers, qui contracte sur la foi de l'inscription bénéficiant à son co-contractant, à ignorer les causes de nullité ou de résolution qui peuvent atteindre directement ou indirectement le droit inscrit ⁽³⁾.

La bonne foi se présume. Il appartiendra donc au demandeur en nullité ou résolution d'établir que le tiers avait connaissance du vice du titre de son auteur. Cependant, le tiers ne pourra prétendre avoir été de bonne foi si les inscriptions lui révélaient la cause de nullité ou de résolution.

(1) Rapport Massigli, P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 9, p. 68.

(2) Même rapport, p. 112.

(3) La loi paraît avoir été interprétée autrement à Madagascar, à en juger par un arrêt de la Cour de Tananarive du 16 décembre 1908 (LORA, *op. cit.*, n° 486) qui s'exprime ainsi : « Le tiers connaîtrait-il, en dehors du livre foncier, une cause d'annulation totale ou partielle pour la propriété de l'inscrit que cette connaissance ne saurait, en principe et en règle générale, lui être opposée ».

458. — ACQUÉREURS A TITRE GRATUIT. — La condition d'être de bonne foi est la seule. Contrairement à d'autres législations et au projet de la commission du cadastre, la loi accorde le bénéfice de la force probante aux acquéreurs à titre gratuit comme aux acquéreurs à titre onéreux ⁽¹⁾. M. Massigli écrit, à ce sujet : « C'est, en définitive, une faveur que la législation nouvelle accorde aux tiers en faisant fléchir le principe *Nemo dat quod non habet* : on conçoit qu'elle l'accorde aux tiers acquéreurs dont l'intérêt consiste à éviter une perte et dont la position se trouve ainsi égale à celle des anciens possesseurs avec lesquels ils entrent en conflit, mais elle ne la doit plus aux acquéreurs qui poursuivent exclusivement la réalisation d'un gain au détriment de ces anciens possesseurs ». On peut, cependant, invoquer en faveur de la solution de la loi tunisienne l'analogie avec la règle : « En fait de meubles, possession vaut titre », qui ne distingue pas suivant le mode d'acquisition et aussi l'utilité de protéger les acquéreurs à titre de dot.

(1) Mais non aux successeurs universels ou à titre universel qui ne sont pas des tiers

CHAPITRE VI

APPLICATION DES PRINCIPES DE PUBLICITÉ ET DE FORCE PROBANTE AUX CAUSES D'ÉVICTION

SECTION I

CAUSES DE RÉOLUTION ⁽¹⁾

§ 1. — Assujettissement à la publicité

459. — PUBLICITÉ DES CAUSES DE RÉOLUTION. — Dans de nombreux cas, le propriétaire peut être évincé par l'exercice des actions appartenant à ses auteurs ou aux héritiers de ceux-ci. Pour que le recours des anciens propriétaires ne soit pas rendu illusoire par les actes de disposition de l'acquéreur, le code civil décide généralement que l'immeuble fait retour à l'aliénateur libre et franc de toutes charges. La résolution a lieu rétroactivement; en d'autres termes, l'action réelle réfléchit contre les tiers (*resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*). C'est de ce danger qui menace si gravement les transactions et le crédit que la règle de la force probante cherche à couvrir les tiers. Mais on ne doit pas aboutir à ce résultat que les droits des précédents propriétaires soient laissés sans aucun moyen de défense ou que des dispositions légales d'ordre public puissent être tournées et violées. Pour les mêmes raisons d'équité qui condamnent le système de la force probante absolue, il faut qu'il y ait un correctif à la force probante instituée dans l'intérêt des tiers. Il a été déjà brièvement signalé que ce correctif consiste dans la publicité des causes de résolution. « La publicité profite à quiconque place un droit sous sa sauvegarde et de même qu'elle constate le droit de celui qui est inscrit comme propriétaire, de même elle peut conserver les actions dont le bénéficiaire de cette inscription est lui-même passible et as-

(1) Le mot résolution est ici employé dans son sens le plus large,

surer leur efficacité à l'égard de tous. La force probante, en d'autres termes, ne s'entend pas des énonciations d'une inscription considérée isolément, mais des énonciations du feuillet foncier prises dans leur ensemble et combinées entre elles. Dès lors, il est au pouvoir des intéressés, au moins dans la plupart des cas — et leur abstention leur est imputable à faute — de protéger leurs droits contre l'effet des actes de disposition du possesseur inscrit » ⁽¹⁾.

460. — MODES DE PUBLICITÉ. — La publicité des causes de résolution peut avoir lieu de deux manières qui ne sont pas également efficaces. La première consiste à faire inscrire le droit à la résolution en même temps que l'acquisition susceptible d'être résolue : pour cela, il faut, dans le système tunisien, que l'exercice de l'action ait été réservé dans le contrat, moyennant quoi le conservateur fait figurer la mention nécessaire sur le titre de propriété. L'aliénateur jouit alors d'une sécurité complète, aucun droit au profit des tiers n'a pu prendre rang avant le sien. Les tiers, dûment prévenus, ne sauraient légitimement se plaindre; le principe de la force probante cesse d'être en jeu dans le risque qu'ils ont sciemment couru.

Si l'inscription n'a pas été prise en même temps que celle du contrat, la publicité peut encore avoir lieu aussi longtemps que l'immeuble n'a pas été aliéné, par le moyen de la prénotation. De cette manière, le droit à la résolution est conservé à l'égard des tiers qui se feront inscrire à l'avenir, mais il demeure sans effet à l'encontre des charges et hypothèques déjà inscrites. Il est donc très important pour l'aliénateur d'obtenir la prénotation dans le plus bref délai possible. Toutefois, nous verrons que la loi tunisienne n'a pas admis très largement les prénotations: sauf une exception qui concerne l'action en résolution du vendeur pour défaut de paiement du prix, la loi n'a pas organisé la publicité du droit éventuel à la résolution non stipulé dans le contrat, elle a autorisé seulement la prénotation de la demande en justice formée en vue de faire prononcer la résolution.

461. — DIFFICULTÉS D'APPLICATION. — Il n'est pas sans difficultés d'assujettir à la publicité les causes de résolution. Certaines d'entre elles ne sont de nature à se manifester que longtemps après l'inscription du contrat. Elle ne peuvent apparaître au livre foncier qu'avec des retards plus ou moins considérables. Pendant le temps qu'elles sont demeurées occultes, le possesseur inscrit a pu accomplir de nom-

(1) Rapport Massigli, P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 9, p. 67.

breux actes de disposition : l'immeuble a pu passer de mains en mains. La loi tunisienne n'a pas statué spécialement sur le sort de ces actions rebelles à la publicité. Nous n'avons d'autre règle que celle de l'art. 16 qui a manifesté clairement l'esprit de la législation. Pour nous y conformer, nous devons donc faire prévaloir l'intérêt des tiers de bonne foi.

Nous pouvons, toutefois, nous demander s'il n'y a pas lieu d'écarter la règle de la force probante dans des cas exceptionnels se rattachant à la matière des donations et successions où le code civil impose absolument la caducité des droits conférés aux tiers. Il y a alors opposition entre l'art. 16 et des dispositions d'ordre public relatives au statut personnel auxquelles le législateur tunisien, lié par les conventions diplomatiques, ne pouvait pas déroger et dont l'art. 2 de la loi foncière a, d'ailleurs, réservé l'application. En présence de ce conflit des lois, l'interprète est fondé à rechercher une solution par le raisonnement.

Dans les autres cas, où les dispositions du code civil sont à écarter, en vertu du même art. 2, comme contraires à celles de la loi foncière, il y a lieu d'appliquer rigoureusement notre principe qui est formulé dans les termes les plus généraux. C'est d'après ces directives et en me référant aux développements donnés plus haut. (n^{os} 137 et suiv.) au sujet de l'art. 2, que j'examinerai successivement les diverses causes de résolution.

§ 2. — Causes de résolution non opposables aux tiers à défaut de publicité

462. — ACTION EN RÉOLUTION DU VENDEUR POUR DÉFAUT DE PAIEMENT DU PRIX. — Cette action est, avec le réméré, la seule sur laquelle le législateur ait statué spécialement. La raison en est qu'il trouvait des précédents dans la loi belge de 1851 et la loi française de 1855. Il l'a traitée, à l'exemple de ces lois, en même temps que l'hypothèque du vendeur, dans les art. 246, 247 et 248, mais cela ne veut pas dire qu'il ait lié l'une à l'autre, de la même manière que les lois française et belge ont attaché la conservation de l'action résolutoire à la conservation du privilège du vendeur. En Tunisie, l'action en résolution est indépendante de l'hypothèque légale; elle doit faire l'objet d'une inscription distincte et, pour être inscrite, elle doit avoir été réservée expressément par l'acte de vente. « Il (le vendeur) peut également

stipuler qu'en cas de nouvelle transmission de la propriété de l'immeuble ⁽¹⁾, avant paiement total ou partiel du prix, il conservera l'action en résolution de la vente ». Et dans l'art. 248 : « A défaut d'inscription de la clause de conservation de l'action résolutoire, la résolution de la vente ne pourra, en aucun cas, être opposée aux tiers ». Toutefois, de même que la loi a restitué le vendeur contre l'omission de la stipulation d'une hypothèque pour sûreté du prix, de même elle lui permet d'obtenir du tribunal — et provisoirement du président sur simple requête — l'inscription de son droit à la résolution en cas de non paiement du prix lorsqu'il a négligé de réserver ce droit dans l'acte (art. 247 et 249) ⁽²⁾. On remarquera que l'art. 248 n'exige pas la bonne foi des tiers. Ce n'est peut-être qu'une omission. Toutefois, ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, la solution résultant du texte n'est pas illogique. La loi permet de donner à tout moment la publicité à l'action résolutoire du vendeur non payé; l'omission de cette publicité peut être sanctionnée, comme d'usage, par l'inefficacité de l'action à l'encontre des tiers, hormis le cas de concert frauduleux. Il importe de rappeler qu'en vertu de l'art. 279, qui est imité de la loi belge, le vendeur doit, en cas de purge, opter entre son hypothèque et son action résolutoire et que, faute de déclaration dans les 40 jours, il est déchu du droit à la résolution.

463. — CONDITION RÉSOLUTOIRE EXPRESSE. — L'application des art. 15, 16 et 343 sur la publicité et la force probante est ici parfaitement simple. La donation étant énoncée dans l'acte, le conservateur la mentionne dans l'inscription, à moins qu'il n'en soit dispensé par les parties. Il est donc sans difficulté que l'efficacité de la condition à l'égard des tiers soit subordonnée à sa publicité.

Il en est ainsi de toute condition résolutoire qui peut être exprimée dans tout contrat à titre gratuit ou onéreux, translatif ou déclaratif : droit de résolution stipulé à l'arrivée de tel ou tel événement, soit

(1) Les mots « en cas de nouvelle transmission » paraissent être une réminiscence inopportune de la règle française d'après laquelle le privilège et l'action sont éteints lorsqu'une revente est transcrite avant la transcription de la première mutation. Il n'y a aucune conséquence à en tirer. Cela ne saurait vouloir dire ni que, non inscrite, l'action en résolution peut être exercée au détriment des créanciers hypothécaires, car ce serait contraire au principe de l'art. 16 et aux termes exprès de l'art. 248, ni qu'inscrite, elle ne peut être opposée aux créanciers postérieurs, car ce serait priver, d'une manière inexplicable, l'inscription du vendeur de l'effet ordinaire de la publicité qui est d'assurer la priorité au premier inscrit.

(2) Cette inscription du droit conditionnel à la résolution est, à proprement parler, une prénotation.

dans une vente, soit dans un autre contrat, clause de retour dans une donation pour le cas de prédécès du donataire, clause de réméré dans la vente. A signaler que, pour ce dernier cas, nous avons un texte qui prévoit spécialement l'inscription, l'art. 371.

464. — CONDITION RÉSOLUTOIRE TACITE. — Les art. 246 et suiv. de la loi foncière n'ont visé que l'action résolutoire du vendeur non payé de son prix. Les autres droits de résolution analogues que le code civil établit par interprétation de la volonté des parties : action en résolution pour inexécution des conditions de la vente, action en révocation de la donation ou du testament pour inexécution des charges, action en reprise de l'échangiste évincé, ne sont l'objet d'aucune disposition particulière. Nous devons leur appliquer la règle de l'art. 16 et décider qu'ils ne peuvent être exercés au préjudice des tiers de bonne foi que s'ils ont été inscrits antérieurement aux droits de ceux-ci ⁽¹⁾. Il importe d'examiner comment ils pourront recevoir la publicité qu'exige notre législation. On concevrait (c'est le système du projet de la commission du cadastre) qu'ils fussent admis, à tout moment, tant que l'immeuble est entre les mains de l'acquéreur, à figurer au livre foncier par la voie de la prénotation. Mais aucune disposition de la loi tunisienne n'organise cette publicité : l'art. 53 ne permet de prénoter que les demandes en justice, il n'autorise pas l'aliénateur à s'inscrire préventivement en vue d'une action éventuelle; seul l'art. 247 prévoit une prénotation de ce genre au profit du vendeur en cas de non paiement du prix, mais il ne saurait être étendu aux autres causes de résolution. L'aliénateur n'est donc prémuni, contre le danger de voir son action paralysée par les droits des tiers qu'à la condition de s'en être réservé l'exercice par une clause de l'acte, ou, en d'autres termes, d'avoir fait de la condition résolutoire tacite une condition résolutoire expresse. S'il a pris cette précaution, son droit éventuel à la résolution prime tous les droits des tiers et leur est opposable. S'il ne l'a pas prise, il ne pourra faire prénoter son action

(1) Aux termes de la législation de l'Afrique Occidentale (art. 46), l'action en résolution d'un contrat synallagmatique pour inexécution des conditions, aux termes de la législation de Madagascar (art. 48), l'action en révocation d'une donation pour inexécution des conditions ne peut être exercée que si elle a été expressément réservée au contrat. Il semble donc que la condition résolutoire tacite est supprimée même entre parties. En Alsace-Lorraine « tout droit à la résolution d'un contrat synallagmatique » doit être inscrit pour être opposable aux tiers. Il en est de même du droit de retour conventionnel, du réméré « du droit à la révocation d'une donation », du rapport en nature. Dans tous ces cas, il peut être pris une prénotation « du consentement des intéressés ou en vertu d'une décision judiciaire » (art. 38 à 40).

en vertu de l'art. 53 que le jour où un manquement effectif de l'acquéreur lui ouvrira l'exercice du droit à la résolution, mais il subira l'effet des droits réels qui auraient été antérieurement constitués sur l'immeuble ou même pourra se trouver en présence d'une sous-aliénation qui rendrait inefficace l'action réelle.

465. — DROIT DE PRÉEMPTION. RETRAITS. — Nous avons indiqué que le droit de préemption ou *cheftaa* opérait rétroactivement et signalé un jugement en ce sens du tribunal de Tunis du 11 février 1931 (*supra*, n° 173). L'acquéreur évincé par la préemption est censé n'avoir jamais été co-proprétaire de l'immeuble. La règle de l'art. 16 préserve, cependant, de la caducité, les charges et hypothèques constituées par lui au profit de tiers de bonne foi, si le retrayant n'a pas fait prénoter son action en temps utile (c'était, semble-t-il, la pensée du tribunal de Tunis dans le jugement précité lorsqu'il se référait à l'art. 16 ⁽¹⁾). De même le sous-acquéreur de bonne foi ne peut être atteint par la préemption s'il a fait inscrire son acquisition avant toute prénotation ⁽²⁾.

Nous exigerons de même la publicité pour les retraits du code civil qui peuvent être applicables aux immeubles immatriculés : le retrait litigieux et le retrait d'indivision appartenant à la femme commune en biens, en vertu de l'art. 1408, al. 2 ⁽³⁾.

466. — RAPPORT A SUCCESSION. — L'immeuble donné en avance-ment d'hoirie est, en principe, d'après l'art. 859 C. civ., rapportable en nature s'il n'a pas été aliéné. Les hypothèques et autres charges constituées par le donataire tombent lorsque l'immeuble n'est pas remis au lot du constituant.

(1) Les charges et hypothèques grevant la part d'immeuble du chef de l'acquéreur évincé, comme du reste celles grevant cette part du chef du vendeur, peuvent pourtant disparaître si la préemption a pour résultat de faire cesser l'indivision, mais c'est par l'application d'une autre règle, celle de l'effet déclaratif du partage. *Infra*, nos 483 et suiv.

(2) Le Tribunal de Tunis a, cependant, admis l'exercice du droit de préemption contre un sous-acquéreur dans un jugement du 9 mai 1928 (non publié).

(3) Remarquer, toutefois, que la femme, qui n'est pas partie à l'acte, ne peut pas y faire stipuler son droit de retrait et que l'art. 53 ne lui permettrait de le faire prénoter que beaucoup plus tard, à la dissolution de la communauté. C'est pourquoi, dans la pratique, le conservateur a l'habitude d'inscrire l'acquisition au nom de la femme si les parties et la femme elle-même déclarent y consentir ou, à défaut, de réserver d'office l'application de l'art. 1408, al. 2. Mais l'intervention du conservateur est bienveillante, le système de la loi foncière est en défaut.

L'art. 16 doit encore trouver ici son application. Rien n'empêche, en effet, le donateur de stipuler le rapport en nature dans l'acte de donation, ce qui permet au conservateur d'en prévenir les tiers par l'inscription. S'il ne le fait pas, c'est qu'il estime inutile ou nuisible de gêner le crédit du donataire. Or, en ne rendant pas le rapport en nature opposable aux tiers, il ne fait nullement fraude à la loi, puisque celle-ci lui permet d'autoriser le donataire à faire le rapport en moins prenant. Il n'y a donc aucune raison de déroger au principe de la force probante ⁽¹⁾.

467. — RÉVOCATION DE LA DONATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE DU DONATAIRE. — En cette matière, le code civil ne fait pas rétroagir à l'encontre des tiers la résolution du droit du donataire et il veut que la demande en révocation soit mentionnée en marge de la transcription pour qu'elle leur soit désormais opposable. La loi foncière est donc ici absolument d'accord avec le code civil : la mention prévue par l'art. 958 consistera en une prénotation de la demande, prise en conformité de notre art. 53.

§ 3. — Causes de résolution susceptibles de réfléchir contre les tiers

468. — AUTRES ACTIONS EN RÉVOCATION DE DONATION. RÉDUCTION POUR ATTEINTE A LA RÉSERVE. — Il y a, au contraire, des motifs d'hésiter à appliquer la règle de la force probante dans les cas suivants : révocation des donations pour survenance d'enfant, révocation volontaire des donations faites entre époux pendant le mariage, réduction des dons et legs pour atteinte à la réserve héréditaire, nullité ou redressement des partages d'ascendants dans les hypothèses prévues aux art. 1078 et 1079 ⁽²⁾. On peut alors se demander si l'observation

(1) Le rapport à succession est une matière du statut personnel. On doit lui appliquer la loi nationale du *de cuius*, si elle n'est pas contraire à l'ordre public international. Il est intéressant de noter que l'art. 1.016 du Code italien maintient les hypothèques établies par le donataire sur l'immeuble, sujet à rapport.

(2) L'action en réduction pour atteinte à la réserve n'est pas comprise parmi celles que la législation d'Alsace-Lorraine (art. 38) déclare inopposables aux tiers à défaut d'inscription. Les législations de l'Afrique Occidentale (art. 46) et de Madagascar (art. 48) disposent que les actions en révocation de donation pour survenance d'enfant, en révocation de donation entre époux, en réduction pour atteinte à la réserve ne peuvent être exercées que si elles ont été réservées expressément aux contrats d'aliénations et ne « produisent effet à l'égard des tiers qu'à dater du jour où ces réserves ont été rendues publiques ». Toutefois « la réduction des donations pour atteinte à la réserve peut encore s'exercer sur les immeubles, même en l'absence d'une stipulation y relative dans l'acte de donation tant que lesdits immeubles n'ont pas été aliénés ou grevés de droits réels par le donataire ; dans ce dernier cas, la réduction a lieu en équipollent.

de l'art. 16 n'irait pas à l'encontre de principes qu'imposent le code civil et la réserve du statut des successions énoncée à l'art. 2 de la loi foncière.

a) *Révocation des donations pour survenance d'enfant.* — La donation faite par une personne qui n'a pas encore d'enfant est révoquée s'il survient un enfant au donateur. Le donateur ne peut pas renoncer d'avance à ce droit de révocation, ni même confirmer la donation après la naissance de l'enfant; le droit du donataire est résolu de plein droit et tout intéressé peut faire constater cette résolution. Ces dispositions apparaissent aujourd'hui comme excessives et sont généralement critiquées. Mais elles paraissent empêcher que l'on puisse subordonner à une publicité préalable les effets de la révocation à l'égard des tiers, car, s'il en était ainsi, il dépendrait des parties de rendre illusoires les prescriptions impératives du code civil.

b) *Révocation volontaire des donations entre époux.* — Les donations que les époux se font pendant le mariage ont pour caractère essentiel d'être révocables au gré du donateur. Ce n'est pas une faculté que les époux peuvent se réserver comme dans les donations par contrat de mariage, c'est une prescription d'ordre public à laquelle ils ne sauraient se soustraire. De même que dans le cas précédent, il semble qu'il n'y ait pas lieu de déclarer le droit de révocation sans effet à l'égard des tiers pour le motif que l'époux donateur ne l'aurait pas réservé et fait inscrire parce que ce serait donner aux parties le moyen de tourner la loi et de rendre la donation irrévocable.

Mais on peut dire que la cause de résolution n'est pas véritablement occulte. Il y a une publicité virtuelle : par l'inscription de la donation, les tiers sont suffisamment prévenus de la fragilité du titre de leur co-contractant, car ils n'ont pas le droit d'ignorer que les donations entre époux sont toujours sujettes à être révoquées.

c) *Réduction pour atteinte à la réserve.* — Cette cause de résolution est d'application plus fréquente et la dérogation à la force probante qu'elle comporterait serait de beaucoup la plus grave. De très sérieuses considérations pourraient cependant faire admettre cette exception à l'art. 16.

Le code civil français — et aussi le code civil italien — n'ont pas voulu que le droit des héritiers réservataires d'obtenir la réduction de libéralités excessives pût, en aucun cas, leur être enlevé. Suivant une tradition, aujourd'hui battue en brèche, mais qui compte encore de

nombreux partisans, ils ont attaché à la réserve héréditaire une importance primordiale pour des raisons à la fois morales et politiques. Or, si l'on appliquait l'art. 16, la réserve recevrait nécessairement une atteinte. En effet, le droit de demander la réduction des donations n'est ouvert et n'est, dès lors, susceptible d'être inscrit qu'après le décès du donateur. Jusqu'à cette époque, les tiers pourraient acquérir des droits sur l'immeuble donné : ils pourraient en devenir propriétaires incommutables. Contre ces événements, la famille, que la loi a entendu protéger, serait désarmée. Comment admettre que l'efficacité de l'action en réduction, qui est la sanction de la réserve, soit subordonnée à une publicité qui est toujours impossible à l'origine et qui peut le demeurer longtemps ? Il faudrait se contenter de la publicité évidemment incomplète et imparfaite qui résulte de l'inscription de la donation : les tiers avertis que l'immeuble a été l'objet d'une donation intéressant des européens, dont le statut personnel comporte l'institution de la réserve, devraient rechercher s'il y a ou s'il pourra y avoir des héritiers réservataires et, dans l'affirmative, si l'importance des libéralités est susceptible d'excéder la quotité disponible. Il leur appartiendrait d'apprécier, en fait, l'étendue des risques qu'ils courent. Ils trouveraient d'ailleurs, parfois, une sécurité dans la règle de l'art. 930 C. civ. aux termes de laquelle les héritiers lésés ne peuvent atteindre les tiers détenteurs qu'après avoir discuté les biens des donataires.

Pour les libéralités testamentaires, la difficulté serait moins grande : elle disparaîtrait même en ce qui concerne les legs universels ou à titre universel, car la vocation des héritiers réservataires étant toujours inscrite en même temps que le testament, les tiers sont renseignés sur l'éventualité d'une réduction du legs.

d) *Nullité ou redressement des partages d'ascendants.* — C'est une question dont la solution dépend de celle que l'on donnera à la question de l'action en réduction des héritiers réservataires. L'action en nullité des descendants omis dans le partage d'ascendants (art. 1078) et celle en réduction des avantages faits à un co-partagé (art. 1079, al. 2) sont la sanction des dispositions de la loi relatives à la réserve, comme l'action en réduction de l'art. 920. Elles ne sont ouvertes qu'au décès du donateur et ne peuvent donc, auparavant, être l'objet d'aucune publicité.

SECTION II

CAUSES DE NULLITÉ OU DE RESCISION

§ 1. — Effets de la force probante. Actions diverses

469. — APPLICATION DE LA FORCE PROBANTE ⁽¹⁾. — Comme nous venons de voir, l'inefficacité des causes de résolution à l'égard des tiers est, en principe, la sanction de l'omission de la publicité, ou du moins, il en serait ainsi si la loi tunisienne n'avait pas laissé cette publicité sans organisation suffisante. La protection des tiers de bonne foi contre les actions en nullité ou rescision, que nous abordons maintenant, est un effet propre du principe de la force probante.

Les causes de nullité ou rescision ne sont pas susceptibles d'être rendues publiques dès l'origine, et la prénotation ne peut être, en ce qui les concerne, qu'un palliatif : l'action est ouverte du jour du contrat, mais la partie intéressée n'a connaissance que plus tard des faits d'où résulte la nullité; elle peut bien alors prénoter sa demande de manière à prendre rang avant les inscriptions qui seraient requises pendant la durée de l'instance, mais elle subit les conséquences de tous les actes de disposition antérieurement inscrits et il est possible que la prénotation vienne trop tard pour lui assurer un recours utile. « Il n'importe, dit M. Massigli, l'intérêt des tiers prédomine parce qu'il se confond avec l'intérêt du crédit et de la stabilité des transactions, qui mérite plus de faveur que l'intérêt privé de la partie qui, par exemple, s'est laissée tromper par des manœuvres plus ou moins habiles. N'eût-elle aucune faute à se reprocher, comme dans le cas où son consentement a été extorqué par violence, l'intérêt des tiers doit l'emporter encore tant qu'il ne trouve en face de lui qu'un simple intérêt privé, parce qu'il est l'intérêt public ⁽²⁾ ».

(1) Ici encore la législation de l'Afrique Occidentale (art. 51) contient une disposition radicale : « Les actions en nullité pour défaut de forme, en résiliation pour éviction partielle, existence de servitudes non apparentes, lésion du quart ou des sept douzièmes ou constitution de droits réels par un failli dans les dix jours qui ont précédé la cessation de ses paiements sont irrecevables sur les immeubles immatriculés ». De même, Madagascar, art. 47. En ce qui concerne les autres actions en nullité (vices du consentement, action paulienne, nullités résultant de l'incapacité ou de la faillite), elles sont seulement déclarées inopposables aux tiers de bonne foi, ce qui est conforme aux solutions développées dans ce chapitre.

(2) Rapport, P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 9, p. 112.

Nous n'examinerons pas une à une les diverses actions en nullité ou en rescision, puisqu'à toutes nous devons appliquer l'art. 16. Il suffira d'indiquer brièvement les principaux cas. Nous n'aurons à nous étendre que sur les nullités résultant du défaut de capacité de l'aliénateur et sur celles édictées par le code de commerce en cas de faillite.

470. — ACTES FAUX. — Il pourrait arriver qu'un acte fabriqué de toutes pièces par un soi-disant acquéreur obtint d'être inscrit au livre foncier. Dans ce cas, les tiers qui auraient traité de bonne foi avec l'usurpateur, sur la foi de l'inscription, ne seraient pas évincés par le véritable propriétaire. Ce résultat ne doit pas être en lui-même tenu pour excessif; on peut seulement reprocher à notre législation d'avoir pris contre de telles fraudes des précautions insuffisantes, mais c'est là une autre question : celle de l'authenticité des actes; elle a été traitée plus haut, n^{os} 399 et suiv.

471. — VICES DU CONSENTEMENT. — Le consentement de l'aliénateur peut avoir été entaché d'erreur, de dol ou de violence. Les tiers n'ont pas à subir, s'ils sont de bonne foi, l'effet de la nullité qui en résulte.

472. — VICES DE FORME. — Il en est de même de l'action en nullité pour vices de forme. Mais la portée pratique de cette application de la force probante est moins considérable, les actes présentés à l'inscription étant contrôlés par le conservateur au point de vue de leur régularité en la forme.

473. — LÉSION. — Le Code civil ouvre une action en rescision au vendeur d'immeuble pour lésion de plus des sept douzièmes et au co-partageant pour lésion de plus d'un quart. Ces actions sont paralysées, en ce qui concerne les tiers de bonne foi, par la règle de l'art. 16.

474. — CADUCITÉ D'UN DROIT RÉEL RÉSULTANT D'UN RECOURS EXTRAORDINAIRE. — Si un droit est inscrit en vertu d'un jugement ou arrêt qui est ensuite mis à néant par l'exercice de la requête civile ou du pourvoi en cassation, les droits conférés à des tiers de bonne foi dans l'intervalle et régulièrement inscrits devront subsister, encore qu'il ne soit pas certain que l'art. 53 de la loi tunisienne permette de prénoter le recours extraordinaire.

475. — ACTION PAULIENNE. — La révocation des actes de disposition accomplis par le propriétaire inscrit en fraude des droits de ses créanciers, ne saurait avoir d'effet contre les tiers de bonne foi. Noter cependant que le principe de la force probante n'a pas toujours à intervenir pour que ce résultat soit atteint. En effet, l'action paulienne ne peut réussir contre le sous-acquéreur à titre onéreux que si ce sous-acquéreur a été complice de la fraude. Mais c'est notre art. 16 qui protégera — toujours sous la condition de la bonne foi — le sous-acquéreur à titre gratuit et le créancier hypothécaire de l'acquéreur.

§ 2. — Nullités résultant de l'incapacité de l'aliénateur

476. — TIERS PROTÉGÉS PAR LA FORCE PROBANTE. — Il est essentiel pour la sécurité des transactions, en raison du grand nombre de cas où les tiers seraient exposés à des demandes en nullité basées sur l'incapacité d'un précédent aliénateur, que la règle de la force probante reçoive ici son application. Mais il n'importe pas moins que les droits des incapables ne soient pas sacrifiés aux exigences du crédit.

Pour concilier ces intérêts divergents, on peut imaginer divers systèmes.

Celui qui se présente le premier à l'esprit ou qui, du moins, est dans la logique d'un régime où la conservation des droits est attachée à la publicité, consiste à faire apparaître les incapacités au livre foncier : si le titre révèle l'incapacité d'un des précédents propriétaires, l'action en nullité reste ouverte contre les tiers; au contraire, s'il n'existe pas de mention d'incapacité sur le titre, les sous-acquéreurs ou créanciers de l'acquéreur ne peuvent être recherchés par l'incapable à la condition qu'ils aient été de bonne foi. Le défaut capital de ce système, c'est qu'il est extrêmement difficile de faire en sorte que toutes les incapacités soient énoncées au livre foncier; dans certains cas, il dépendrait de l'incapable lui-même que son incapacité fût ou ne fût pas révélée. La commission du cadastre a fait de grands efforts pour organiser cette publicité sans aboutir à des résultats satisfaisants; elle y a finalement renoncé ⁽¹⁾.

Une autre solution consiste à n'admettre à la publicité du livre foncier que les actes authentiques. En général, les notaires connaissent les parties et sont renseignés sur leur capacité; lorsqu'ils ne les

(1) P.-V., fascicule 2, pp. 465 et suiv., fascicule 3, pp. 350 et suiv., fascicule 9, pp. 147 et suiv., pp. 185 et suiv., pp. 222 et suiv., pp. 293 et suiv., pp. 311 et suiv.

connaissent pas ou lorsqu'ils ont des doutes, ils peuvent et doivent se renseigner, exiger des justifications ou refuser leur ministère; s'il arrive qu'ils aient néanmoins passé des actes susceptibles d'être annulés pour défaut de capacité, leur responsabilité est engagée dans une certaine mesure ⁽¹⁾. La force probante paralysant l'action réelle de l'incapable, il serait donc possible à celui-ci de se retourner contre le notaire.

Si, au contraire, on admet les actes sous signatures privées, on peut, dans un troisième système, décider que le conservateur vérifiera lui-même, sous sa responsabilité, la capacité des parties. En France, la commission du cadastre était arrivée à cette conclusion que les intérêts des incapables seraient garantis par la responsabilité des notaires lorsque les actes seraient authentiques, et par celle du conservateur lorsque les actes seraient sous seings privés.

Quel a été le système de la loi tunisienne ? Il n'est pas très facile de le déterminer avec précision tant les textes sont incomplets et insuffisants. Le notariat français n'existant pas, le législateur n'avait pas la ressource d'abriter les droits des incapables derrière la responsabilité notariale. C'est dans une combinaison de la publicité des causes d'incapacité et de la responsabilité du conservateur qu'il faut, semble-t-il, chercher la solution tunisienne. L'art. 343 prévoit que les actes « indiqueront l'état-civil des parties contractantes et mentionneront le contrat de mariage » (*supra*, n° 402). Ces indications font ressortir les causes d'incapacité, tout au moins les plus importantes d'entre elles, à savoir : la minorité, l'état de mariage, la dotalité. Dans la pratique, le conservateur mentionne sur le titre de propriété toutes les incapacités qui lui sont révélées. Il existe donc une publicité des incapacités. On ne doit cependant accorder aux énonciations du livre foncier, relatives à la capacité, que la valeur de simples renseignements. Ces énonciations ont pour but, d'abord, d'identifier d'une manière plus sûre les titulaires des droits inscrits. Par surcroît, elles fournissent aux personnes qui traitent avec ces titulaires les éléments des recherches propres à vérifier leur capacité : date et lieu de naissance, date et lieu de mariage, indication du notaire rédacteur du contrat de mariage. C'est assez dire qu'elles ne les dispensent pas de cette vérification, ce qui ne serait pas d'ailleurs

(1) Il faut actuellement, d'après la jurisprudence, qu'il y ait eu négligence de la part du notaire ou que l'incapacité ait été notoire ou évidente. Mais il dépendrait du législateur d'étendre la responsabilité des notaires en ce qui concerne la capacité des parties. C'est ce que faisait l'art. 44 de l'avant-projet présenté par la commission du cadastre.

l'effet normal de la force probante relative car, il faut le répéter une fois de plus, la force probante, telle qu'elle existe en Tunisie, n'a pas été instituée en faveur des acquéreurs immédiats, mais au profit des tiers sous-acquéreurs ou créanciers de l'acquéreur.

Bien loin que la publicité des incapacités protège des co-contractants, ce n'est même pas en elle qu'il faut voir le fondement principal de la protection des tiers. Comme la loi n'a pas, en principe, astreint les parties qui requièrent l'inscription d'un droit à justifier dans tous les cas de l'exactitude de leurs déclarations, comme elle n'a nullement organisé l'inscription des incapacités qui peuvent frapper le propriétaire postérieurement à l'acquisition (mariage subséquent, interdiction, etc...), on ne saurait supposer qu'elle ait eu l'intention de donner aux indications d'état-civil la force probante habituelle. Si les tiers de bonne foi n'ont pas à subir l'effet des actions basées sur l'incapacité d'un précédent propriétaire, ce n'est donc pas par suite du défaut de mention d'incapacité sur le titre, c'est parce que la capacité a été vérifiée par le conservateur. La garantie des incapables, en cas de sous-aliénation ou de constitution par l'acquéreur de charges réelles, réside dans la responsabilité du conservateur. Mais la loi a omis de dire qu'elles seraient les modalités du contrôle qu'exerce le conservateur et les limites de la responsabilité qu'il encourt. Comme l'a écrit M. Lescure « le principe posé, elle se débarrasse de son application » (*op. cit.*, p. 338).

Nous verrons, au chapitre suivant, que cette responsabilité ne saurait être absolue, qu'elle doit être considérée comme couverte dès lors que les renseignements portés au titre de propriété et ceux résultant des actes à inscrire concordent pour établir la pleine capacité du propriétaire qui dispose de son immeuble : lorsque, par exemple, une femme qui vend est inscrite comme célibataire, que l'acte de vente confirme cette énonciation du titre, le conservateur n'a pas à exiger une justification qui serait d'ailleurs difficile à rapporter et il n'est pas responsable si la venderesse, étant en réalité mariée, a dissimulé son véritable état.

De même, il n'incombe pas au conservateur d'obtenir la preuve que l'aliénateur n'a pas été interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire; si rien ne lui a révélé ces particularités, il ne doit pas être tenu pour responsable des nullités encourues. Dans ces divers cas, qui sont d'ailleurs exceptionnels, les incapables n'ont d'action que contre leur co-contractant; cette action leur est toujours ouverte conformément au code civil, sauf le cas de manœuvres dolosives de leur part; elle leur

permet de reprendre l'immeuble s'il n'a pas été aliéné ou d'obtenir des dommages-intérêts. Mais ils ne sont pas garantis contre le risque d'insolvabilité de leur acquéreur dans le cas de sous-aliénation ou dans le cas de constitution de charges réelles sur l'immeuble. On ne saurait donc dire que les intérêts des incapables sont sauvegardés dans tous les cas. Pour que le système fût sans fissure, il faudrait rétablir le fonds d'assurance.

En revanche, toutes les fois qu'apparaît dans le titre ou dans les actes à inscrire une cause d'incapacité, le contrôle très attentif du conservateur assure l'observation des formes protectrices édictées par le code civil ou par la loi nationale de l'incapable. S'il s'agit d'aliénation des droits d'un propriétaire dont la minorité ou l'interdiction lui est révélée, le conservateur refusera d'inscrire la vente qui n'aurait pas eu lieu aux enchères publiques ou si, exceptionnellement, il accepte de l'inscrire, comme il arrive pour certaines ventes faites par le tuteur avec promesse de ratification à la majorité et convention de porte-fort, il aura soin de réserver l'action en nullité à l'encontre des tiers par une mention expresse sur le titre. S'il s'agit d'aliénation par une femme mariée, il ne manquera pas d'exiger, d'une part, l'autorisation maritale lorsqu'elle est nécessaire, d'autre part, la justification (par la production de l'acte de célébration ou du contrat de mariage) que l'immeuble n'est pas frappé d'inaliénabilité dotale et que le prix n'est pas sujet à emploi; le cas échéant il surveillera le emploi. Si la partie inscrite comme incapable déclare qu'elle est devenue capable, le conservateur demandera la preuve que l'incapacité a pris fin (émancipation, acte de décès du mari, jugement de divorce ou de séparation de corps, levée de l'interdiction ou du conseil judiciaire).

§ 3. — Nullités de la faillite

477. — TIERS PROTÉGÉS PAR LA FORCE PROBANTE. — J'ai déjà exposé, à propos des inscriptions d'hypothèques (*supra*, n° 339), les origines et l'historique de la controverse qui s'est élevée au sujet de l'application aux immeubles immatriculés des nullités édictées par les art. 446, 447 et 448 C. com. J'ai indiqué qu'il y avait, en réalité, deux questions distinctes : celle de l'art. 448, dont l'application doit être écartée, et celle des art. 446 et 447, qu'il nous reste à examiner. La jurisprudence est aujourd'hui fixée par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1926 (*R. A.*, 27, 2, 159, et note de M. E. H.

Labbe). Cet arrêt distingue nettement selon qu'il s'agit des ayants cause immédiats du failli ou qu'il s'agit des tiers sous-acquéreurs ou créanciers ayant traité sur la foi de l'inscription. Les nullités des art. 446 et 447 ⁽¹⁾ sont opposables aux premiers, mais non pas aux seconds. « Attendu, dit l'arrêt, que si, d'après son article 16, l'existence d'un droit résulte à l'égard des tiers de son inscription, aucune disposition de la même loi n'attache à cette formalité la conséquence d'effacer entre les parties contractantes les vices dont peut être entachée la convention; que l'annulation de l'inscription est expressément prévue par le texte précité, ainsi que par les articles 53 et 54; que l'art. 16 décide, toutefois, que l'annulation ne pourra, en aucun cas, être opposée aux tiers de bonne foi ». Cette solution est conforme à la règle de la force probante relative qui a été exposée dans ce chapitre. L'arrêt rendu par la chambre civile, sur le rapport d'un magistrat qui avait assisté, en 1885, à l'élaboration de la loi tunisienne et participé à ses révisions successives, le conseiller Fabry, est l'interprétation la plus autorisée et la plus nette qui ait été donnée en jurisprudence de notre art. 16. Il n'y a d'argument à tirer de ce texte qu'au profit des sous-acquéreurs et créanciers de l'acquéreur. Les ayants cause immédiats sont toujours exposés aux actions en nullité et résolution existant du chef de leur auteur : il leur appartient, notamment, de vérifier la capacité de leur co-contractant et, au cas particulier, lorsqu'ils accomplissent, avec un commerçant, un des actes prévus par l'art. 446 C. com., d'examiner le risque qu'ils courent. La loi n'a pas entendu dispenser celui qui contracte de rechercher si le propriétaire inscrit est en situation d'aliéner valablement; elle le dispense seulement de s'enquérir de la régularité des mutations antérieures. L'exercice des actions, basées sur les art. 446 et 447, est donc modifié seulement en ce sens que la nullité sera toujours sans effet à l'égard des tiers qui ont contracté avec l'acquéreur du failli, dans l'ignorance du vice de l'inscription prise au profit de cet acquéreur.

J'ai, d'autre part, signalé au chapitre de la publicité (*supra*, n° 431) que si le dessaisissement résultant du jugement déclaratif de faillite doit être inscrit au livre foncier, cette publicité a pour effet d'arrêter le cours des inscriptions et de conserver l'action de la masse des créanciers contre les tiers, mais n'est pas nécessaire pour que la

(1) L'arrêt ne vise que l'art. 446, mais la solution doit être étendue sans aucun doute aux nullités de l'art. 447, avec cette différence que l'action de l'art. 447 atteint seulement l'ayant cause qui avait connaissance de l'état de cessation de paiements.

nullité de l'aliénation consentie par le failli soit opposée à l'ayant cause immédiat. Il en est donc de la nullité résultant de l'art. 443 C. com., comme de celles édictées par les art. 446 et 447. Celui qui acquiert d'un failli est exposé à voir annuler son acquisition, même si le titre de propriété ne faisait pas mention du jugement déclaratif de faillite. Cela se conçoit d'autant mieux que la faillite est, par ailleurs, l'objet d'une publicité légale. Toutefois, il y a là un danger pour les transactions dans le cas d'une faillite ancienne, close pour insuffisance d'actif, qui peut être ignorée de tous, si le failli a changé de résidence et s'est refait une situation; mais il faut en adresser le reproche à la législation de la faillite et non pas à la loi immobilière. Bien entendu, le tiers qui aurait contracté de bonne foi avec l'ayant cause du failli, au vu de l'inscription, serait à l'abri des conséquences de la nullité résultant de l'art. 443, conformément à la règle de la force probante.

SECTION III

PRÉNOTATION DES ACTIONS EN RÉOLUTION OU EN NULLITÉ

478. — ART. 53 DE LA LOI FONCIÈRE. — Nous avons vu dans quelle mesure et à quelles conditions les causes de résolution peuvent être conservées à l'égard des tiers par la publicité, et parcouru les diverses applications de la force probante aux causes de nullité. Il nous reste à examiner l'art. 53 de la loi tunisienne, qui permet de donner la publicité aux actions en résolution et en nullité pendantes devant les tribunaux.

Cet article, dont l'interprétation donne lieu à de fréquentes difficultés, est ainsi conçu : « Toute demande tendant à faire prononcer l'annulation ou la modification de droits réels immobiliers pourra être mentionnée sommairement sur le titre avant d'être portée devant le tribunal. Cette inscription devra être autorisée par ordonnance du président, rendue sur requête, à charge de lui en référer. La validité des inscriptions ultérieures restera subordonnée à la décision judiciaire ». L'art. 54 ajoute que « si la demande n'a pas été inscrite, le jugement n'aura d'effet, vis-à-vis des tiers, qu'à dater du jour de son inscription ».

479. — DOMAINE D'APPLICATION DE L'ART. 53. — Un premier point, qui est souvent contesté, doit être établi, c'est que l'art. 53 ne permet pas de prénoter une prétention quelconque, fût-elle portée en justice. Les demandes qui peuvent être publiées sur le livre foncier sont celles qui tendent à faire prononcer la nullité ou la résolution des droits réels inscrits ou à faire annuler ou modifier une inscription irrégulière ou erronée⁽¹⁾. La prénotation est la ressource que la loi offre au précédent propriétaire, pour éviter que son action réelle soit paralysée ou rendue illusoire par les aliénations ou constitutions d'hypothèques que l'acquéreur consentirait pendant la durée de l'instance. Il y a un lien étroit entre l'art. 53 et l'art. 16.

Ce serait détourner l'art. 53 du but pour lequel il a été édicté que de l'interpréter comme permettant l'inscription provisoire de droits nouveaux, c'est-à-dire d'aliénations ou constitutions de droits réels émanant du propriétaire inscrit ou d'un ayant cause de celui-ci. Ce serait en même temps mettre le législateur en contradiction avec lui-même. La loi a voulu que les droits à inscrire fussent constatés par des écrits réunissant des conditions de forme déterminées (art. 343), qu'ils fussent, sauf exception, inscrits sur la copie du titre en même temps que sur le registre (art. 374), qu'ils fussent tenus directement du titulaire de l'inscription précédemment prise (art. 357), que certains événements arrêtaient le cours des inscriptions, par exemple l'inscription d'un commandement (art. 55); elle a chargé le conservateur de refuser l'inscription dans ces divers cas. Ne faudrait-il pas la taxer d'inconséquence si elle avait, par ailleurs, permis à l'intéressé d'éluder très simplement la sanction qu'elle instituait ? A la vérité, certains résultats des dispositions de la loi foncière paraissent rigoureux : des intérêts légitimes sont parfois mis en péril par les prohibitions d'inscrire qu'elles édictent. Il y aurait donc lieu d'assouplir le système et de faciliter, dans une certaine mesure, l'accès du livre foncier (*infra*, n° 540); mais si l'on peut souhaiter une réforme, on doit se garder de devancer le législateur en interprétant extensivement l'art 53 : d'abord, parce que ce serait dépasser le droit de l'interprète, ensuite parce que le remède risquerait d'être pire que le mal. Le livre foncier remplit son rôle par la clarté et la certitude des renseignements qu'il donne aux tiers. Il importe essentiellement qu'il ne devienne pas un recueil de prétentions plus ou moins fondées. Le conservateur s'est, avec raison, toujours refusé à entrer dans la

(1) Dans le même sens, Madagascar (art. 158), Afrique Occidentale (art. 160), Indo-Chine (art. 402).

voie où l'on voulait l'engager. Les aménagements à rechercher lors de la révision de la loi seront une question complexe dans laquelle il y aura lieu de tenir compte d'intérêts divergents. L'extension du droit de prénotation ne sera pas d'ailleurs le seul remède qui pourra être proposé pour mettre fin aux difficultés actuelles ⁽¹⁾.

480. — NÉCESSITÉ D'UNE INSTANCE JUDICIAIRE. — Etant admis que l'art. 53 se limite à organiser la publicité des actions appartenant aux auteurs du propriétaire inscrit et aux ayants droit de ceux-ci, ainsi que des actions qui tendent à faire rectifier des inscriptions erronées, il faut examiner dans quelles conditions cette publicité peut avoir lieu. « Toute demande, dit le texte..., pourra être mentionnée sommairement sur le titre avant d'être portée devant le tribunal ». Il appert de cette rédaction que ce sont les demandes en justice qui sont prénotées : comme je l'ai indiqué déjà, la loi tunisienne n'a pas organisé, d'une manière générale, la publicité des causes de résolution : elle ne permet pas d'inscrire le droit éventuel à la résolution à moins qu'il n'ait été stipulé dans l'acte : il n'y a d'exception qu'au profit du vendeur pour le cas de non paiement du prix. Pour qu'il y ait prénotation, il est donc nécessaire, dans ce système, qu'une instance ait été engagée et c'est l'exploit d'ajournement qui est inscrit ⁽²⁾.

481. — AUTORISATION DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL. — Enfin, une troisième condition est exigée : l'autorisation du président du tribunal donnée sur requête. Cela résulte d'une addition apportée à l'art. 53, en 1892. La commission de 1892 estima vraisemblablement que la faculté accordée sans contrôle au demandeur de faire prénoter sa demande était excessive, qu'en somme provision était due au titre de propriété et elle décida, en conséquence, que le président statuant

(1) L'avant-projet de la commission du cadastre prévoit diverses prénotations et propose de consacrer un système différent de celui pratiqué en Tunisie. La prénotation y est conçue comme ayant pour fonction « de sauvegarder des droits qui seraient en péril s'ils demeuraient occultes et qui pourtant ne sont pas, d'ores et déjà, admissibles à l'inscription » (Rapport Massigli, P.-V., fascicule 9, p. 142). Le rapporteur reconnaît cependant qu'elle « n'est pas inoffensive » et qu'en « rendant incertaine la situation du possesseur inscrit, elle atteint son crédit et elle lui ôte, pour ainsi dire, la faculté de disposer du droit réel dont il est nanti ». C'est le même système que consacre la législation marocaine : « Quiconque prétend à un droit sur un immeuble immatriculé peut requérir une prénotation pour la conservation provisoire de ce droit. Hors les cas où la prénotation est requise en vertu d'un titre, la réquisition d'une prénotation doit être appuyée soit d'un extrait de la demande introduite en justice en vue de la reconnaissance du droit, soit d'une ordonnance rendue par le président du tribunal » (art. 85).

(2) Comp. les textes précités de Madagascar, de l'Afrique Occidentale et de l'Indo-Chine.

sur requête jouirait d'un entier pouvoir d'appréciation et pourrait, soit amender, soit refuser l'inscription.

Le texte laisse incertaine la question de savoir si l'autorisation doit émaner du président de la juridiction saisie ou du président du tribunal de la situation de l'immeuble. La pratique s'est orientée cependant dans le sens de la deuxième opinion.

482. — RECOURS. — L'art. 53 ne s'explique pas clairement sur le recours qu'il paraît prévoir par les mots « à charge de lui en référer ». Il faut peut-être entendre que la partie adverse, c'est-à-dire le titulaire de l'inscription attaquée, peut demander, par la voie du référé, que l'autorisation accordée sur requête soit rapportée et la prénotation radiée. L'art. 53 n'a institué aucun délai de péremption. Il en résulte que, même si l'instance n'est pas suivie, la prénotation subsiste, gênant les transactions et le crédit. Le propriétaire inscrit aurait à sa disposition une procédure rapide pour libérer son immeuble de la prénotation indûment autorisée ou devenue sans objet. Mais le texte a-t-il cette portée ? Un point certain, c'est qu'en cas de refus du conservateur d'effectuer une prénotation, la procédure à suivre contre ce fonctionnaire est la procédure ordinaire. Une ordonnance de référé n'ayant pas l'autorité de la chose jugée serait insuffisante pour couvrir sa responsabilité.

SECTION IV

EFFET DU PARTAGE

§ 1. — Controverse au sujet de l'application de l'art. 883 du Code civil

483. — SYSTÈME DE LA NON-APPLICATION DE L'ART. 883. — Beaucoup d'obscurité plane sur la question de savoir si l'attribution de l'immeuble à un co-partageant par suite de partage en nature, licitation ou cession de parts indivises, a pour effet de rendre caducs les droits constitués par des co-propriétaires durant l'indivision,

L'opinion la plus répandue est que les acquéreurs de parts indivises ou les créanciers hypothécaires sur ces parts sont à l'abri de tout risque d'éviction du moment qu'ils ont fait inscrire leurs conventions en temps utile. En fait, les parts indivises sont, en Tunisie, couramment vendues et plus couramment encore hypothéquées. Il ne saurait en être autrement dans un pays où l'indivision est très fréquente, où elle est même, pour les indigènes de certaines régions, la forme normale de la propriété, et il est certain que l'application de l'art. 883 C. civ. irait à l'encontre des besoins économiques locaux. On a donc cherché à justifier en droit le système sur lequel sont basées des transactions journalières, des placements hypothécaires très nombreux. On a cru pouvoir trouver cette justification dans la règle de la force probante au profit des tiers de bonne foi. Ce point de vue a été notamment exprimé dans un jugement rendu par le tribunal civil de Tunis statuant en matière de loyers le 20 juillet 1932 : « Attendu, dit le tribunal, que la foi la plus absolue est due aux inscriptions portées sur le titre et sur le registre, que ces inscriptions ont pour but de mettre les tiers à l'abri de toute revendication ou résolution : attendu que ce principe est notamment rappelé par l'art. 16 de la loi foncière ».

Le tribunal tire aussi argument de ce que sous le régime de la loi de 1885 aucune inscription ne rétroagit : ce serait faire rétroagir l'inscription de l'acte qui a mis fin à l'indivision que d'en faire remonter les effets au jour où cette indivision a été créée.

484. — **SYSTÈME CONTRAIRE.** — Il existe une doctrine selon laquelle l'art. 883 doit recevoir son application dans tous les cas comme étant une disposition complémentaire de notre système foncier ⁽¹⁾.

L'art. 2 de la loi foncière déclare applicables aux immeubles immatriculés les dispositions non contraires du code civil. Rien n'autorise à dire que l'effet déclaratif du partage est contraire à la loi foncière et que les auteurs de cette loi ont voulu en exclure les conséquences. Au contraire, l'art. 288, qui reproduit l'art. 2205 C. civ., interdisant aux créanciers d'un co-héritier de mettre en vente la part

(1) Si l'on admet cette théorie, il convient, toutefois, de remarquer que le conservateur, qui n'est pas juge de la validité des inscriptions figurant sur ses registres, ne peut, de son autorité, les tenir pour caduques. Il ne peut pas passer outre aux obstacles qu'elles ont mis à l'inscription du partage, ni radier de plein droit les hypothèques devenues sans effet. Il doit exiger l'intervention des acquéreurs de parts indivises et les mainlevées des hypothèques ou commandements ou une décision de justice ayant force de chose jugée à l'encontre des titulaires des droits inscrits.

indivise de son débiteur, est une référence aux règles du code civil sur l'effet du partage.

En réalité, la question de l'effet rétroactif du partage est sans lien avec celle de la force probante. L'art. 16 garantit les sous-acquéreurs et les créanciers de l'acquéreur contre des causes de résolution ou de nullité que le titre de propriété ne leur a pas révélées. D'une part, les personnes qui traitent avec un co-proprétaire ne sont pas des tiers protégés par l'art. 16 : les créanciers hypothécaires de ces personnes, les sous-acquéreurs ou cessionnaires seraient seuls recevables à invoquer la force probante. D'autre part, la rétroactivité du partage n'est pas, selon l'opinion dominante, une cause de résolution; c'est une fiction légale d'après laquelle l'attributaire, après partage, est réputé avoir succédé seul à l'auteur commun. Enfin, l'indivision n'est pas un fait occulte; elle est révélée par le titre et quiconque contracte, soit directement avec le co-proprétaire, soit avec un ayant-cause de celui-ci, sait qu'il se trouve en présence d'une indivision; il est censé connaître les conséquences que le partage peut avoir sur les droits qu'il acquiert; il n'est pas de bonne foi au sens de l'art. 16, car cet article ne protège pas les acquéreurs contre les erreurs de droit.

Quant à la règle de la non rétroactivité des inscriptions, elle est également étrangère au débat. Ce n'est pas faire rétroagir l'inscription du partage ou de la licitation que de considérer l'attributaire définitif comme propriétaire depuis le jour de l'indivision. C'est simplement tirer des actes successivement inscrits sur le titre les effets légaux qu'ils doivent avoir.

§ 2. — Rattachement de l'effet du partage au statut des successions

485. — APPLICATION DU STATUT SUCCESSORAL. — Entre ces thèses si diamétralement opposées, il y a place pour une opinion intermédiaire. L'art. 2 déclare applicables les dispositions du code civil qui ne sont contraires ni à la loi foncière, ni aux règles des successions. L'effet déclaratif du partage n'est-il pas une dépendance du statut successoral ? Faut-il donc appliquer l'art. 883 même aux successions régies par une loi qui reconnaît au partage l'effet translatif ?

Il est certain qu'en droit français l'effet du partage est déterminé par la situation des immeubles, quelle que soit la nationalité des parties. Mais c'est parce que l'art. 3 C. civ. consacre la doctrine statu-

taire ⁽¹⁾. J'ai montré qu'en Tunisie les conflits de lois doivent, au contraire, être résolus d'après la théorie de la personnalité du droit (*supra*, n^{os} 141 et 142). Il convient donc, à mon avis, de rattacher l'effet du partage au statut successoral. En principe, on déciderait que cet effet est celui déterminé par la loi nationale des parties, qu'il s'agisse d'immeubles immatriculés ou non immatriculés : c'est d'ailleurs ce qu'avait jugé le tribunal de Tunis sous la présidence de M. Fabry (17 janvier 1898, *J. T.*, 98, 226). On appliquerait la rétroactivité dans les cas où elle se justifie par la volonté de la loi nationale d'assurer l'égalité des lots, d'empêcher par exemple que les créanciers hypothécaires d'un co-héritier qui devrait déjà le rapport d'une libéralité reçue du défunt puissent, en se faisant attribuer le prix de la part virile de leur débiteur dans l'immeuble hypothéqué, réduire la part des autres héritiers et même entamer la réserve de ceux-ci. On ne l'appliquerait pas lorsqu'elle n'a pas de raison d'être, c'est-à-dire lorsque la loi nationale ne connaît ni la théorie des rapports, ni l'institution de la réserve héréditaire.

Le principe comporterait toutefois une restriction dérivant de la règle de l'autonomie de la volonté. Le partage est une convention et la volonté des co-partageants peut déroger, dans les limites de l'ordre public, à l'application de la loi nationale. Il faut donc rechercher quelle a été l'intention des parties. En Tunisie, il n'y a pas lieu de présumer que c'est la *lex loci contratus*. On présumera que les co-partageants ont entendu se référer à leur loi nationale s'ils sont tous de même nationalité. Il n'y aurait de doute que s'ils étaient de nationalités différentes. Mais ces questions ne souleveront pas, en fait, de grandes difficultés entre européens, parce que le code civil italien (art. 1034) et l'ordonnance maltaise (art. 649) attribuent au partage l'effet déclaratif comme le code français.

On peut objecter que l'effet déclaratif du partage est une règle d'ordre public qui s'impose aux tribunaux français. L'objection ne vaudrait qu'en ce qui concerne les européens et elle se présentera rarement parce qu'il n'y a pas de conflit à ce sujet entre les lois des principaux groupes ethniques implantés en Tunisie. Les effets des partages musulmans ou israélites seraient régis par la loi musulmane

(1) Des auteurs enseignent que, pour les meubles, il faut se référer à la loi nationale des parties si elles sont toutes de même nationalité et à la loi du lieu où le contrat a été fait dans le cas contraire (LAURENT, *Droit civil international*, t. VII, pp. 45 et 718). Si d'autres auteurs, plus nombreux, disent qu'il faut appliquer même aux meubles la loi territoriale, c'est parce qu'ils tiennent l'effet déclaratif pour une règle d'ordre public (BAUBRY-LACANTINIERE et WAHL, *Traité de droit civil*, 2^e édit., t. III, n^o 3394).

ou mosaïque sans que la notion d'ordre public ait à intervenir (*supra*, n° 145).

486. — UTILITÉ DE L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR. — Il importerait, en tous cas, qu'une intervention législative mît fin aux incertitudes qui règnent actuellement. Il y aurait lieu, pour le législateur, de prendre des mesures appropriées aux nécessités économiques du pays. La loi française elle-même n'a pas craint de déroger au principe de l'art. 883 en faveur de l'hypothèque maritime parce que, les navires étant très souvent dans l'indivision, l'application du droit commun eût été la ruine du crédit maritime.

On peut se demander s'il serait au pouvoir du législateur tunisien d'aller aussi loin que la loi sur l'hypothèque maritime et de modifier, en ce qui concerne les indivisions successorales européennes, une règle qui dépend, à mon avis, du statut des successions garanti par les conventions internationales. Mais il ne paraît pas indispensable d'abolir les effets du caractère déclaratif du partage dans les successions d'européens dont le statut comporte ce caractère. Ce n'est pas, en effet, pour celles-ci que la question se pose avec acuité. La situation actuelle serait grandement améliorée, la sécurité des transactions sur les propriétés indivises serait complète dans le plus grand nombre des cas, si une disposition expresse maintenait les conventions passées durant l'indivision par un ou plusieurs des co-propriétaires toutes les fois que la co-propriété n'a pas son origine dans une dévolution héréditaire régie par une loi qui attribue au partage l'effet déclaratif. Cette disposition sauvegarderait les droits des acquéreurs et des créanciers dans tous les partages entre tunisiens et dans les partages entre européens lorsque l'indivision n'est pas d'origine successorale. Elle ne saurait excéder les pouvoirs du législateur local.

CHAPITRE VII

PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ OU CONTRÔLE PRÉALABLE DES ACTES PRÉSENTÉS A L'INSCRIPTION

§ 1. — Consécration par la loi tunisienne du principe de la légalité

487. — NÉCESSITÉ DU CONTRÔLE PRÉALABLE. — Je me suis attaché à établir que les inscriptions avaient la force probante. J'ai montré que des auteurs qui ont paru professer l'opinion contraire entendaient, en réalité, par force probante, celle de l'*Act Torrens* qui conduit à repousser toute action réelle même entre parties (n° 456) et que leur point de vue est aujourd'hui complètement abandonné. La loi tunisienne, à l'exemple de beaucoup d'autres législations, ne donne pas, en effet, à l'inscription, une portée aussi grande que l'*Act Torrens*; elle lui accorde cependant une autorité dont le principe est que les tiers de bonne foi ne peuvent être évincés par suite d'un vice occulte du titre de leur auteur.

Cette force probante, qui, pour être relative et non absolue, ne présente pas moins une importance considérable et est susceptible d'avoir de graves conséquences, ne saurait se justifier si l'inscription était effectuée par le conservateur sur la seule réquisition des parties et sans contrôle ni garantie. Toutes les législations qui ont institué la force probante à un degré quelconque ont voulu que le fonctionnaire ou le magistrat chargé de tenir le livre foncier vérifie les écrits présentés à l'inscription avant de leur conférer, par l'accomplissement de cette formalité, l'autorité légale. L'auteur de la note publiée dans le recueil Sirey (10, 2, 289) a raison de dire que le principe de la légalité est « le corollaire naturel du principe de la force probante » et que « les deux principes sont naturellement inséparables l'un de l'autre ». Donc, si l'on admet que la loi tunisienne a doué les inscriptions de la force probante, on doit présumer qu'elle a entendu également confier au préposé la charge d'exercer le contrôle indispensable.

488. — ETENDUE DU CONTRÔLE PRÉALABLE. — Le législateur n'a pas énoncé distinctement, en termes dépourvus de toute équivoque,

les trois principes qui sont à la base du système des livres fonciers : publicité, force probante et légalité; cependant il peut être démontré, et par les termes du rapport Cambon, et par ceux du rapport qui accompagne le décret de 1886, et par les textes eux-mêmes, qu'il a voulu les adopter, dans leur ensemble, sans faire pour celui de la légalité une exception qui conduirait aux conséquences les plus fâcheuses.

Le rapport Cambon déclare que le gouvernement tunisien « essaye, à son tour, l'application de l'*Act Torrens* », que cette législation peut, « sans de trop profondes modifications, s'adapter aux coutumes locales et à notre législation civile », que la loi tunisienne reproduit « les traits essentiels de l'*Act Torrens* ». Sans doute le rapport insiste surtout sur le principe de la publicité, paraissant, comme l'indique la note du recueil Sirey, « croire que le seul fait de publier tout ce qui intéresse l'immeuble rend toute contestation impossible ». Mais il ne faut pas s'en étonner, la terminologie dont on usait en 1885 n'était par la même que la nôtre; on avait du système des livres fonciers cette idée sommaire, tirée de l'*Act Torrens*, que la propriété était transférée par l'inscription et que l'inscription avait une autorité irréfragable. Ce n'est que plus tard, après une étude plus attentive de l'*Act Torrens* et surtout des lois germaniques, qu'on a analysé en France les éléments dont l'ensemble constitue le système des livres fonciers.

Le rapport par lequel les modifications faites à la loi en 1886 furent présentées à la sanction du Bey est déjà plus précis que le rapport Cambon sur le point qui nous occupe. Il s'exprime ainsi : « Le caractère d'authenticité que la loi attache aux registres de la conservation exige, en effet, que toute inscription ou modification d'inscription soit soumise à un contrôle préalable. Il importe de n'admettre à la publicité que des actes réguliers. Sans doute, la vérification ne peut porter sur le fond même des contrats : la validité et l'efficacité des conventions ne dépendent pas seulement des clauses écrites dans les actes, mais de circonstances extérieures dont l'ensemble ne peut être jugé qu'après un débat contradictoire » ⁽¹⁾.

(1) Si M. Gonse a tiré précisément du passage de ce rapport où il est dit que la vérification ne peut porter sur le fond des actes, la conclusion que « le principe de la légalité n'a pas été adopté par la loi tunisienne » et que celle-ci « revient après quelques tâtonnements aux idées de l'école française », c'est bien évidemment parce qu'à ses yeux il n'y avait pas d'autre système des livres fonciers que le système Torrens avec transfert par l'inscription et force probante absolue (*Bul. de la soc. de législ. comp.*, 1886-87, p. 565). Voir, cependant, dans le même volume, pp. 330 et suiv., les réserves que faisait, au sujet de l'*Act Torrens*, M. Challamel qui était un partisan des livres fonciers et qui, dans la suite, prit une part considérable aux travaux de la commission du cadastre.

Si maintenant on examine la loi elle-même, on y trouve d'abord des textes consacrant expressément le pouvoir de contrôle du conservateur en ce qui concerne certains points, à savoir : l'art. 343 qui prescrit au préposé de refuser l'inscription des actes non authentiques à défaut de légalisation des signatures ou de reconnaissance de l'écrit par les illettrés; l'art. 354 relatif à la vérification de la capacité des parties en matière d'inscription; l'art. 357 qui dispose que « pour être inscrit, le droit devra être tenu directement du titulaire de l'inscription précédemment prise »; l'art. 55 d'après lequel aucune inscription nouvelle ne peut être prise après celle d'un commandement; l'art. 374 qui prévoit le refus d'inscription si la copie du titre n'est pas produite; l'art. 3 du décret du 16 juillet 1899 qui exige un plan en cas de mutation partielle; en matière d'hypothèques, les art. 255 et 257 disant que l'hypothèque conventionnelle ne peut être inscrite que si elle est spécialisée quant aux biens grevés et aux sommes garanties. On y trouve, d'autre part, une disposition d'une portée générale, l'art. 353.

La question est de savoir si l'art. 353 subordonne le refus d'inscription ou de radiation à l'existence d'un texte autorisant formellement ce refus ou si, au contraire, il énonce d'une manière générale le principe de la légalité et permet au conservateur de ne pas déférer à la réquisition d'inscrire ou de radier dans des cas qui résultent implicitement de la loi. Cette question est très importante parce que l'existence d'une force probante exige absolument, comme nous le verrons, le contrôle préalable dans d'autres cas que ceux expressément prévus.

L'article 353 reprend les termes de l'art. 2199 C. civ., d'après lequel « dans aucun cas les conservateurs ne peuvent retarder ni refuser la transcription des actes de mutation, l'inscription des droits hypothécaires... » mais il les reprend en les modifiant. On a dit (note précitée) que c'était une idée malencontreuse de s'être inspiré d'une disposition qui consacrait précisément le rôle passif du conservateur des hypothèques en France pour conférer au conservateur de la propriété foncière en Tunisie des pouvoirs de contrôle. Sans doute. Mais, suivre pas à pas le code civil et le copier autant que possible fut la méthode de rédaction constamment appliquée par la commission de 1885. Ce qui importe, ce sont les modifications que le rédacteur a été contraint d'introduire dans le texte du code civil. Ces modifications, la note publiée dans le recueil Sirey les analyse très judicieusement. D'une part, l'art. 353 s'applique aux radiations comme aux inscriptions,

et comme il n'y a, par ailleurs, aucun texte qui donne au conservateur des pouvoirs particuliers en matière de radiation (*supra*, n° 341), que les dispositions du code civil relatives aux matières réglementées par la loi foncière, et notamment le titre XVIII, ne peuvent pas être applicables en Tunisie (*supra*, n°s 137 et suiv.), on aboutirait, dans le système de l'interprétation restrictive, à des conséquences particulièrement inadmissibles en ce qui concerne les radiations. D'autre part, l'art. 353 dispose que le conservateur ne peut refuser une inscription ou une radiation « régulièrement demandée ». Donc, le conservateur a, d'une manière générale, à vérifier que la réquisition d'inscription ou de radiation est régulière, c'est-à-dire conforme à la loi et justifiée par les pièces produites. Dans le même sens, on peut tirer argument de l'art. 377 qui déclare le conservateur responsable de l'omission sur ses registres des inscriptions régulièrement requises; l'art. 377 reproduit ainsi l'art. 2.197 C. civ., mais avec une addition qui implique un contrôle préalable. Lorsqu'en 1886 on a placé, au début de l'art. 353, les mots « hors les cas prévus par la loi », ce ne fut pas, comme le montre le rapport ci-dessus reproduit, dans l'intention de limiter le pouvoir de contrôle du conservateur, mais bien au contraire dans celle de confirmer le principe de la légalité et vraisemblablement pour marquer une opposition avec les termes de l'article correspondant du code civil, qui commence par les mots « dans aucun cas ».

Un arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1909 (S., 10, 1, 25, R. A., 09, 2, 379, et note critique de M. E. H. Labbe), statuant sur une disposition identique de la législation qui régissait Madagascar, s'est pourtant prononcé dans un sens absolument contraire à l'opinion qui vient d'être développée. Selon cet arrêt, les conservateurs de Madagascar n'étaient fondés à refuser l'inscription que dans les cas où une disposition législative ou réglementaire les y autorisait expressément. Cette décision n'a eu et ne pouvait avoir aucune influence sur l'interprétation admise depuis de longues années en Tunisie, elle a, d'autre part, amené le législateur de Madagascar à réformer le décret de 1897 ⁽¹⁾. Il est permis d'espérer qu'aujourd'hui la Cour ne

(1) La nouvelle législation de Madagascar qui a imité, sur ce point, celle de l'Afrique Occidentale, de 1906, détermine avec précision l'application du principe de la légalité dans les art. 132 et suiv. : « Avant de procéder à l'inscription, le conservateur vérifie les pièces déposées et s'assure : 1° de l'identité des parties; 2° de leur capacité; 3° de l'inscription au titre foncier du droit du disposant; 4° de la disponibilité de l'immeuble; 5° de la régularité de l'acte au point de vue de sa forme extérieure ». *Idem*, Afrique Occidentale, art. 143 et suiv. Indo-Chine, art. 384 et suiv. Comp. Alsace-Lorraine (art. 46) et Maroc (art. 72). Le texte du Congo (art. 79) est identique au texte tunisien.

persisterait pas dans sa jurisprudence. M. Labbe écrivait en 1909 : « Il est infiniment probable que la Cour de cassation consultée nierait également la force probante des inscriptions, car ce serait la seule solution possible en présence de son système sur la légalité ». La déduction aurait été en effet logique, elle aurait été même commandée par l'équité, car, si les inscriptions et radiations étaient opérées sans contrôle et, bien entendu, sans responsabilité du conservateur, dans tous les cas autres que ceux formellement prévus et qu'on leur reconnût, quand même, la force probante, des spoliations deviendraient faciles. Mais la négation généralisée des principes qui ont inspiré la loi tunisienne se heurterait, comme nous l'avons vu, aux termes de l'art. 16 et à d'autres dispositions. Elle n'est plus à craindre : la Cour de cassation elle-même, dans son arrêt du 7 décembre 1926 (*supra*, n^{os} 456 et 477) a reconnu expressément l'existence de la force probante au profit des tiers. Cette décision semble devoir l'entraîner nécessairement à interpréter l'art. 353 comme donnant au conservateur la mission de contrôle que nous allons nous efforcer de délimiter.

Nous allons examiner à quels points de vue et de quelle manière s'exerce le contrôle du conservateur selon une pratique constamment suivie depuis la mise en vigueur de la loi foncière. Cette pratique est consacrée, sur la plupart des points, par de nombreuses décisions du Tribunal mixte, qui remplit un rôle analogue à celui du conservateur lorsqu'il statue sur l'inscription d'actes postérieurs à la demande d'immatriculation (V. notamment *T. M.*, 29 déc. 1910, et note de M. E. H. Labbe, *R. A.*, 11, 2, 202).

§ 2. — Applications du principe de la légalité

489. — VÉRIFICATION DE L'IDENTITÉ DES PARTIES. — Le pouvoir de contrôle du conservateur est énoncé dans l'art. 343 qui, après avoir pris des mesures en vue d'établir cette identité, ajoute dans sa rédaction de 1886 : « A défaut d'exécution de ces prescriptions, le conservateur refusera l'inscription ». Il n'y a donc pas de difficulté sur le principe, mais le mode de vérification demande des explications.

La vérification de l'identité n'est pas faite directement, le conservateur n'en a pas le moyen : les parties ne comparaissent pas devant lui soit pour signer les actes, soit pour reconnaître leurs signatures en sa présence. Ce système serait impraticable à cause des déplacements qu'il imposerait aux intéressés et de la charge qu'il ferait peser

sur un fonctionnaire dont les attributions et la responsabilité sont déjà lourdes et aussi parce que, les parties n'étant pas ordinairement connues du préposé, la vérification ne pourrait avoir lieu que sur pièces ou sur témoignages, procédés qui n'offrent pas une sécurité complète. Il fallait donc, nécessairement, recourir à un système de justifications légales; nous avons vu (n° 403) que pour la catégorie la plus nombreuse, celle des actes sous seings privés, la justification consiste dans la légalisation des signatures. Quant aux actes authentiques, la signature des parties y est tenue pour vraie jusqu'à inscription de faux; il suffit donc que la signature et la qualité de l'officier public soient certifiées par l'autorité que les lois ou règlements ont désignée à cet effet (président du tribunal ou juge de paix pour les notaires de France et d'Algérie) ⁽¹⁾. En ce qui concerne enfin les actes dressés par les notaires tunisiens, musulmans ou israélites, ils font foi de la comparution des parties indigènes; pour les parties européennes, le conservateur exige leur signature dûment légalisée au pied de la traduction de l'acte qui est déposée à ses archives; dans tous les cas, la qualité des notaires doit être attestée par le *cadi* qui appose son sceau et le sceau du magistrat doit être avéré par le ministre de la Justice tunisienne ou par le contrôleur civil de la circonscription.

La vérité des actes est tenue pour établie, aux yeux du conservateur, dès lors que les signatures ont été légalisées régulièrement ou que la comparution des parties au contrat résulte, soit de la forme authentique ou notariée arabe de l'acte, soit d'un procès-verbal de « reconnaissance de l'écrit » ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus n° 404. Le conservateur ne saurait être rendu responsable dans le cas où un faux aurait été commis. Mais il lui reste, après s'être assuré de l'accomplissement des formalités prescrites, à vérifier qu'il y a identité de personne entre la partie désignée à l'acte comme disposant d'un droit inscrit et celle figurant au titre de propriété comme titulaire de ce droit. Sa responsabilité n'est pleinement couverte que s'il y a concordance entre les noms, prénoms et état-civil portés au titre et ceux portés à l'acte ⁽²⁾.

(1) Le conservateur se contente, en ce qui concerne les actes notariés ou judiciaires de France, d'Algérie et du Maroc, de la légalisation au premier degré. Il n'exige pas de légalisation pour les actes des officiers publics de Tunisie dont la signature et le sceau sont connus de lui.

(2) Cette concordance est généralement obtenue en ce qui concerne les européens. Il est difficile de l'exiger aussi complète des indigènes non lettrés, ceux-ci, le plus souvent, n'indiquant pas le nom de leurs femmes et indiquant la date de leur naissance d'une manière très approximative. Cette situation de fait, contre laquelle on ne peut rien, et l'absence de patronyme limitent, bien entendu, la responsabilité du conservateur dans une certaine mesure.

490. — VÉRIFICATION DE LA CAPACITÉ DES PARTIES. — Le conservateur est juge en premier ressort de la capacité des parties. En matière d'inscriptions, cela résulte des dispositions de l'art. 354. Cet article contient toute une réglementation que nous examinerons ci-dessous : cette réglementation n'est pas appliquée, mais le texte peut néanmoins baser, dans le système admis en 1909 par la Cour de cassation, le principe du contrôle du conservateur sur les demandes d'inscription. Au contraire, il ne saurait servir de base à ce contrôle en matière de radiations, car il n'y est question que des inscriptions *stricto sensu* : le système qu'il organise, celui d'une inscription provisoire en cas de doute sur la capacité, n'est pas susceptible d'être étendu aux radiations, de sorte que, si l'interprétation de l'art. 353, donnée en 1909 par la Cour de cassation, était exacte, le conservateur serait tenu de radier une hypothèque sur la mainlevée d'un incapable. Il aurait ainsi moins de pouvoirs que les conservateurs des hypothèques en France, mais il ne pourrait puiser dans le code civil la mission de contrôle qui appartient à ceux-ci pour des raisons qui ont été déjà plusieurs fois indiquées et que le commentateur du recueil Sirey énonce avec force. Puisque cependant, comme en France et peut-être plus qu'en France (*supra*, n° 342), les tiers peuvent se prévaloir d'une radiation indûment opérée, il est de toute nécessité d'admettre que le droit et la charge de vérifier la capacité résultent implicitement de la loi foncière.

Comment s'exerce le contrôle de la capacité des parties ? Il a été donné à ce sujet au chapitre précédent (n° 476) des explications auxquelles il y a lieu de se reporter. La loi n'a pas organisé un contrôle direct, mais un contrôle sur pièces; elle a voulu — cela résulte de l'art. 343 — que les parties déclarent dans les actes leur état-civil et leur régime matrimonial. Ces déclarations forment la base du contrôle préalable. Le conservateur doit se préoccuper des incapacités qui lui sont révélées par les actes, et en ce qui concerne les aliénateurs, par le titre de propriété. Il rapproche donc les énonciations des actes de celles du titre. S'il lui apparaît que certains des contractants sont des incapables, il doit exiger, sous peine d'engager sa responsabilité personnelle, l'accomplissement des formalités d'autorisation, d'homologation, d'enchères publiques, de remploi qu'a prescrites la loi nationale de ces incapables. Il vérifie la qualité et les pouvoirs des personnes qui agissent pour autrui, représentent ou assistent autrui : tuteurs, mandataires, administrateurs de sociétés, représentants divers d'autres personnes morales, etc... Au vu des mentions du titre

de propriété et des déclarations d'état-civil portées aux actes, il est fondé à demander la production de documents établissant la régularité des inscriptions auxquelles il est requis de procéder : contrats de mariage (ou, pour les français, justification qu'il n'existe pas de contrat par l'acte de mariage), délibérations de conseils de famille, jugements portant autorisation ou homologation, jugements portant interdiction ou nomination de conseil judiciaire, jugements déclaratifs de faillite, concordats, procurations, ratifications, pièces constitutives de sociétés, délibérations d'assemblées générales ou de conseils d'administration, etc. Mais ses obligations et ses pouvoirs ne vont pas plus loin : il n'a pas à faire de recherches personnelles extérieures sur le fait de la capacité. S'il se trouve en présence de personnes agissant elles-mêmes pour leur propre compte et dont les mentions d'état-civil figurant au titre et aux actes font présumer la capacité, il ne lui incombe pas de contrôler la véracité des énonciations du titre et des actes, il doit déférer à la réquisition d'inscrire et rien dans la loi ne l'autorise à exiger des preuves ou à faire une enquête personnelle ⁽¹⁾. J'ai déjà dit que le contrôle ainsi organisé présentait, au point de vue de la protection des droits des incapables, quelques fissures : il peut arriver qu'un mineur réussisse à se faire passer pour majeur, une femme mariée pour célibataire, un individu interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire pour capable, un failli pour *in bonis*. Théoriquement, le système n'est pas pleinement satisfaisant : à la commission du cadastre, M. Massigli en a fait une critique impressionnante qui a triomphé des décisions antérieures de cette commission (*P.V.*, fascicule 9, pp. 298 et suiv.). Il est un système qui est meilleur incontestablement, c'est celui qui n'admet à l'inscription que des actes authentiques et charge les notaires de vérifier, directement et dans tous les cas, la capacité des parties. Il faut dire, à la décharge du régime adopté, qu'il est le seul possible, tout au moins le seul pratique, dès

(1) La règle est la même en France en matière de radiation. Conformément à l'art. 1.123 C. civ., la capacité se présume. MM. Jacquet et Vétillard s'expriment ainsi dans leur *Traité des radiations* : « Les énonciations de la mainlevée se suffisent à elles-mêmes au regard de l'agent de la loi, le conservateur, chargé de procéder à son exécution, et cet agent, couvert par la présomption de l'art. 1.123, n'a pas à rechercher, en dehors de la mainlevée, dont il ne lui appartient pas de contester la régularité apparente, la preuve de la capacité des parties intéressées », n° 36. « Mais, ajoutent ces auteurs, la solution est différente lorsque les énonciations de l'inscription ou de la mainlevée font ressortir une incapacité quelconque à la charge du titulaire de l'hypothèque, soit que cette incapacité ait existé dès le moment de l'inscription, soit qu'elle ait seulement pris naissance depuis lors et quand bien même elle aurait disparu à l'époque de la mainlevée : en effet, la révélation d'une situation juridique contraire à la présomption générale de capacité met obstacle à l'application de cette présomption et entraîne la nécessité de justifications spéciales ».

lors qu'on autorise les actes sous seings privés et qu'en fait les incapables sont très exceptionnellement lésés.

De quelles difficultés n'alourdirait-on pas, en effet, la tâche du conservateur, si on astreignait celui-ci à une vérification directe de la capacité ? La moindre formalité deviendrait extrêmement compliquée pour lui comme pour les parties. En l'absence d'un casier civil, il faudrait produire des actes de naissance, de mariage et divers certificats de greffe. Encore n'arriverait-on pas à établir complètement la capacité, même pour les français. Quant aux étrangers, dont la loi n'a pas organisé la publicité des conventions matrimoniales, quant aux indigènes, qui sont pourvus, depuis peu, d'un service d'état-civil, la preuve serait plus difficile encore. Si donc le conservateur refusait de se contenter de probabilités, il faudrait, dans la plupart des cas, recourir à un jugement du tribunal pour obtenir l'inscription.

Il est exceptionnel, d'autre part, que les incapables soient lésés. Ainsi qu'il a été expliqué, ils ont toujours une action, soit réelle, soit personnelle, contre leurs co-contractants, à moins qu'ils n'aient eu recours à des manœuvres dolosives pour tromper ceux-ci. auquel cas ils sont, en général, valablement obligés d'après les principes de notre droit civil. Il y a donc une vérification directe de la capacité qui est faite par les co-contractants eux-mêmes sous leur responsabilité. Au surplus, pour que l'incapacité échappe au contrôle du conservateur, il faut qu'il y ait non seulement une déclaration inexacte dans l'acte, mais encore un état-civil erroné sur le titre de propriété. On peut assurer que cette double condition est rarement réalisée; le plus souvent, elle n'est réalisable que par une série de manœuvres dolosives commises par l'incapable.

Que doit faire le conservateur lorsqu'il constate que l'acte a été passé par un incapable en dehors des formes légales ? La sanction de son contrôle doit être logiquement le refus d'inscrire ou de radier. Cependant, en ce qui concerne les inscriptions, l'art. 354 contient des dispositions spéciales. D'après ce texte, le conservateur, « lorsqu'il a des doutes sur la capacité des parties », devrait procéder à une inscription provisoire et impartir un délai de quinze jours pour produire les justifications nécessaires; l'inscription définitive prendrait date du jour de l'inscription provisoire si les justifications étaient produites dans le délai légal; au cas contraire, l'inscription provisoire serait caduque. Quand les justifications seraient « jugées insuffisantes par le conservateur », l'inscription définitive ne serait prise qu'en vertu d'un jugement rendu suivant une procédure spéciale tantôt par

le tribunal français, tantôt par le tribunal tunisien de l'Ouzara ⁽¹⁾. Il semble que, dans ce cas, l'inscription provisoire ne se périmerait pas. En fait, le conservateur n'a jamais pris l'inscription provisoire prévue par l'art. 354. Il ne le ferait que s'il en était spécialement requis et dans des cas exceptionnels. Ordinairement, la capacité des parties n'est pas douteuse en elle-même : elle existe ou n'existe pas. On se trouve donc en dehors des prévisions de l'art. 352. On peut entendre, il est vrai, qu'elle est douteuse pour le conservateur parce qu'on ne lui a pas fourni les documents qui lui permettraient de l'apprécier. L'art. 354 serait alors susceptible de certaines applications : mais les inscriptions provisoires encombreraient le livre foncier au détriment de la clarté des titres et de la sécurité des transactions : il apparaît que, dans de nombreux cas, la péremption ne jouerait pas : elle est subordonnée, en effet, à la remise d'une notification que devrait faire le conservateur ; en outre il est aisé de l'éviter en produisant au conservateur, dans le délai de quinzaine, un semblant de justifications.

491. — VÉRIFICATION DE LA RÉGULARITÉ DES ACTES EN LA FORME. —

Le contrôle du conservateur sur ce point n'est pas consacré expressément par un texte. L'art. 343 ne prévoit, en effet, le refus d'inscription qu'à défaut de légalisation des signatures ou de reconnaissance de l'écrit. L'opinion suivant laquelle la vérification doit être limitée aux points expressément prévus par la loi conduirait à des conséquences injustifiables : le conservateur serait contraint d'inscrire les actes les plus informes, surchargés, raturés, grattés même, au risque de prêter la main à des fraudes. Mais l'intention du législateur n'est pas douteuse : il est dit, dans le rapport de 1886, « qu'il importe de n'admettre à la formalité que des actes réguliers ». Comme l'écrit M. E. H. Labbe, « on ne concevrait pas d'ailleurs que le refus d'inscription puisse être attaché au défaut de légalisation des signatures et ne pas être attaché à l'incertitude planant sur le texte approuvé par les signatures ». J'ai dit plus haut (n° 404) qu'il serait nécessaire de réglementer d'une manière précise la forme des actes. En l'absence même de cette réglementation, le conservateur est, à mon avis, fondé, en vertu de l'art. 353 et des principes généraux, à refuser l'inscription d'actes qui ne présentent pas les garanties exigées par notre droit civil.

(1) La compétence de l'Ouzara est une anomalie. La procédure devant le tribunal français en est une autre : le jugement est rendu sur simple requête, contrairement avec le procureur de la République, après instruction par mémoires. Il est expressément prévu que ce jugement sur requête devra acquiescer l'autorité de la chose jugée

492. — VALIDITÉ ET EFFICACITÉ DES CONVENTIONS. — Il est, au contraire, certain qu'il n'appartient pas au conservateur d'examiner au fond la validité des actes. Cela est énoncé très clairement dans le rapport de 1886 : « La vérification ne peut porter sur le fond même des contrats; la validité et l'efficacité des conventions ne dépendent pas seulement des clauses écrites dans les actes, mais de circonstances extérieures dont l'ensemble ne peut être jugé qu'après un débat contradictoire ». Le conservateur, fonctionnaire de l'ordre administratif, n'a pas pour rôle et, d'autre part, il ne possède pas les moyens d'apprécier les causes de nullité qui peuvent entacher les conventions des parties, par exemple la lésion ou les vices du consentement. M. Massigli écrit à ce sujet : « Une loi qui voudrait donner au contrôle préalable tant de portée devrait conférer au conservateur des attributions judiciaires, mettre à sa disposition tous les éléments d'information et même instituer un débat contradictoire. Son fonctionnement n'irait pas sans de longs délais ni sans grever les opérations de frais considérables. Il n'est pas besoin d'affronter tous ces écueils dès que l'inscription ne modifie pas, par elle seule, les droits respectifs des parties... » (*P.-V. de la commission du cadastre, fascicule 9, p. 132*). Un contrôle très étendu paraîtrait, en effet, nécessaire dans une législation qui refuserait toute action réelle à l'encontre du droit inscrit; mais il ne s'impose pas sous un régime de force probante relative. Il suffit, pour légitimer cet effet limité de l'inscription, que la vérification ait porté sur les points qui sont propres à créer la confiance dans l'esprit des tiers : à savoir, l'existence d'un acte d'apparence régulière, l'identité et la capacité des parties, l'existence légale et la disponibilité du droit à inscrire ⁽¹⁾.

De ce que le conservateur n'est pas juge de la validité et de l'efficacité des conventions, il résulte qu'il ne saurait tenir compte des oppositions à l'inscription qui peuvent lui être signifiées, soit par l'une des parties, soit par des tiers. Nonobstant les défenses qui lui sont adressées, il est tenu de référer à la réquisition, dès lors que l'inscription est régulièrement demandée. Il appartient aux parties de se pourvoir devant le tribunal compétent pour faire tomber les actes par lesquels ils estiment être lésés et de requérir une prénotation si elles satisfont aux conditions de l'art. 53 (Dans le même sens, *T. M.*, 29 déc. 1910, et note, *R. A.*, 11, 2, 202).

(1) D'après l'art. 72 de la loi marocaine, le conservateur vérifie, sous sa responsabilité, la régularité, « tant en la forme qu'au fond, des pièces produites à l'appui de la réquisition ».

493. — PERTINENCE DE LA RÉQUISITION D'INSCRIRE. — Le conservateur doit refuser l'inscription si le droit à inscrire n'est pas un des droits dont la loi foncière a reconnu l'existence et qu'elle a soumis à la publicité. Cette règle, qui est celle directement mise en cause par l'arrêt de la Cour de cassation de 1909, paraît essentielle. Si elle n'était pas admise, le conservateur devrait « surcharger le livre foncier de toutes les inscriptions inutiles dont il plairait au premier venu de requérir l'établissement » ⁽¹⁾. Bien plus, des droits légalement inexistants en Tunisie, comme l'hypothèque judiciaire, les privilèges du code civil, ou des droits coutumiers locaux (*haoua*, *khoulou*, *kirdar*, *rahn el antifaa*, *bia el ouafa*, *bia et tsnia*) pourraient être inscrits, bien qu'il soit certain que la loi foncière a voulu les écarter. Dès lors, ou bien on reconnaîtrait aux tiers qui en deviendraient acquéreurs sur la foi de l'inscription le droit d'invoquer l'art. 16, et alors on consoliderait des droits extra-légaux, ou bien on dénierait la force probante aux inscriptions dont se prévaudraient les tiers, mais dans ce cas on cesserait d'appliquer un principe fondamental de la loi. Le conservateur et le Tribunal mixte ont toujours considéré que la règle de la légalité était consacrée implicitement, qu'elle résultait *a contrario* notamment de l'art. 13, énumérant les seuls droits réels qui soient reconnus par la législation de 1885, et de l'art. 343 déterminant les faits et conventions à inscrire.

A cette matière, se rattachent les prescriptions des art. 255 et 257 relatifs à l'inscription des hypothèques : aux termes de ces dispositions, il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable « et pouvant en conséquence être inscrite » que si, d'une part, les biens grevés sont spécialement désignés, dans l'acte constitutif et que si, d'autre part, la somme pour laquelle elle est constituée est déterminée dans le dit acte. C'est la consécration du principe de la spécialité étudié plus haut, n° 258. Il apparaît bien, de la rédaction de ces articles, que le conservateur doit refuser l'inscription si l'hypothèque n'a pas été spécialisée quant aux biens grevés et quant aux sommes garanties. Mais la même règle doit être étendue aux hypothèques légales ou forcées et à l'hypothèque testamentaire également soumise à la spécialisation d'après les articles 240, 243, 244 et 254, bien que ces textes ne disent pas qu'à défaut de spécialisation elles ne devront pas être inscrites. Grâce au contrôle qu'exerce le conservateur, le conflit est évité entre les dispositions qui déclarent nulles les hypothèques gé-

(1) Note précitée de M. E. H. Labbe, *R. A.*, 11, 2, 207.

nérales ou indéterminées et l'art. 16 qui institue la force probante au profit des tiers cessionnaires.

494. — INSCRIPTION PRÉALABLE DU DROIT DU DISPOSANT. — Le pouvoir du conservateur résulte ici d'un texte formel, l'art. 357 : « Pour être inscrit, ce droit devra être tenu du titulaire de l'inscription précédemment prise ». Le conservateur ne doit donc inscrire un droit nouveau que si le disposant est inscrit lui-même sur le titre comme titulaire du droit qu'il aliène, démembre ou greève. Les motifs et l'importance de cette disposition ont été expliqués (*supra*, n° 422). Il y a lieu d'ajouter qu'il est indispensable que le disposant soit déjà inscrit pour que le conservateur puisse vérifier son identité et sa capacité, la vérification ayant pour base un rapprochement entre les mentions d'état-civil portées à l'acte et celles figurant au titre de propriété.

495. — DISPONIBILITÉ DU DROIT A INSCRIRE. — Le conservateur doit encore s'assurer que le droit aliéné, démembré ou grevé est disponible entre les mains de son titulaire. Nous avons vu qu'il existe plusieurs causes d'indisponibilité, soit qu'elles proviennent d'événements qui arrêtent le cours des inscriptions (commandement, saisie, faillite), soit qu'elles proviennent d'une disposition légale ou d'une convention, créant l'inaliénabilité (jouissance légale du père, droits d'usage et d'habitation, *habous*, dotalité).

Il y a un texte formel dans le cas de commandement, l'art. 55, mais, dans les autres cas, il n'en existe pas qui enjoigne expressément au conservateur de refuser l'inscription. Si cependant le conservateur déferait à la réquisition conformément au système qu'a paru admettre l'arrêt de 1909, sans doute l'inscription serait nulle, mais on ne pourrait faire réfléchir cette nullité contre les tiers de bonne foi qu'au mépris de l'art. 16. Le conservateur a estimé qu'en agissant ainsi, lorsqu'il est dûment prévenu par les énonciations du titre ou des pièces produites, il méconnaîtrait le sens et l'esprit de la loi et risquerait d'engager sa propre responsabilité. La jurisprudence du Tribunal mixte est conforme.

496. — PRODUCTION DE LA COPIE DU TITRE. — Comme il a été expliqué plus haut (n° 394) et pour assurer, autant qu'il est possible, la conformité de la copie du titre avec le registre, le conservateur doit, sauf exception, porter l'inscription en même temps sur le titre et sur

la copie. Cette règle est expressément sanctionnée par l'art. 375 aux termes duquel, à défaut de production de la copie, le conservateur refusera l'inscription.

497. — PRODUCTION D'UN PLAN DE LOTISSEMENT EN CAS DE MORCELEMENT DE L'IMMEUBLE. — C'est également d'une disposition expresse que le conservateur tient l'obligation et le pouvoir de subordonner l'inscription d'une mutation partielle à la production d'un plan de lotissement exécuté par le service topographique (*supra*, n° 387). Cette disposition ne se trouve pas dans la loi de 1885, mais dans le décret du 16 juillet 1899 (art. 3, alinéa 3). Le texte de 1899 ne fait d'ailleurs que consacrer la pratique antérieurement suivie en vertu des pouvoirs que le conservateur tenait implicitement de l'art. 46 de la loi foncière. De même, un plan est exigé lorsqu'un droit réel est constitué sur une partie divisée d'un immeuble ne formant pas déjà parcelle distincte ⁽¹⁾.

§ 3. — Responsabilité du conservateur

498. — ETENDUE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE. — Les art. 377 et 378, qui sont relatifs à cette responsabilité, ont reproduit, avec les modifications qu'exigeait le changement de régime, les art. 2197 et 2198 C. civ. Il est seulement énoncé que le conservateur est responsable du préjudice résultant de l'omission sur ses registres des inscriptions régulièrement demandées ou sur les copies des titres des inscriptions existant sur ceux-ci, ainsi que des inexactitudes et omissions commises sur les documents qu'il délivre ⁽²⁾.

Le principe général de la responsabilité n'est pas spécialement formulé dans la loi foncière, pas plus qu'il ne l'est dans le code civil. Mais la similitude des textes marque nettement l'intention du législateur de se référer aux règles qui ont été dégagées par la doctrine et la jurisprudence quant à la responsabilité des conservateurs des hypothèques en France, sauf les modifications résultant de l'adoption

(1) Parmi les textes interdisant au conservateur de déférer à la réquisition d'inscrire, on peut encore citer l'art. 19 du décret du 24 janvier 1914, modifié par celui du 1^{er} juillet 1924, qui subordonne l'inscription de divers contrats consentis par les acquéreurs de lots de colonisation à une autorisation administrative.

(2) En Alsace-Lorraine, l'Etat est responsable des fautes commises par le préposé, sauf son recours contre ce dernier (art. 46). A Madagascar (art. 171 et 172), au Congo (art. 82 et 83), en Afrique Occidentale (art. 170 et suiv.), au Maroc (art. 97 et 98) et en Indo-Chine (art. 411 et suiv.), les conservateurs sont directement responsables, d'après les mêmes principes qu'en Tunisie.

par la loi foncière du système de la légalité. Le principe sur lequel la responsabilité du conservateur est basé, en Tunisie comme en France, est donc celui des art. 1382 et 1383 C. civ., dont les textes spéciaux du code civil et de la loi foncière prévoient seulement des cas d'application.

Le conservateur est responsable lorsque, par sa faute ou sa négligence, il a causé un dommage à autrui. Trois conditions sont exigées; il faut : 1° qu'il y ait eu une faute commise; 2° qu'il y ait eu un dommage subi; 3° qu'il existe une relation de cause à effet entre la faute et le dommage. Il appartient au demandeur de faire la preuve que ces conditions se trouvent réunies.

Il n'y a ni faute ni négligence à reprocher au conservateur toutes les fois que celui-ci a agi conformément aux règles qui déterminent ses attributions. En conséquence, si le conservateur a inscrit un acte dont les signatures étaient légalisées ou qui était authentifié par un officier public, passé entre parties présumées capables, ayant trait à un droit reconnu par la loi foncière, dont le disposant était le titulaire inscrit et qui était disponible entre les mains de celui-ci d'après le titre, il ne saurait être recherché, soit que l'acte ait été un faux, soit que cet acte ait été entaché d'un vice caché. D'autre part, nous avons vu que, dans les conventions synallagmatiques, il appartient à la partie qui acquiert de s'assurer de l'identité et de la capacité de celle qui dispose. Le co-contractant ne saurait donc imputer au conservateur une erreur qu'il a commise lui-même.

Au surplus, il est admis par la jurisprudence française que la responsabilité des conservateurs ne doit pas être appréciée suivant toute la rigueur du droit, mais selon l'équité : la multiplicité des formalités que ces agents doivent effectuer, les difficultés qu'elles présentent, la brièveté du délai dans lequel elles doivent être opérées constituent des atténuations dont les tribunaux tiennent généralement compte. Il en est spécialement ainsi en ce qui concerne les erreurs de droit : « A l'égard des questions de droit proprement dites, dit M. Boulanger, la jurisprudence tend de plus en plus à considérer le conservateur comme à l'abri de toute réclamation lorsqu'il est établi qu'il n'a pas agi à la légère... » (*Traité des radiations*, t. 1, p. 30). Il est notamment admis que, pour l'application de lois étrangères, le conservateur est couvert par la production d'un certificat de coutume; que, dans certains cas délicats, il peut demander qu'un jugement du tribunal lui enjoigne de déférer à la réquisition sans avoir à supporter les frais de la procédure.

Ces diverses considérations s'imposent en Tunisie avec une force particulière. Si la responsabilité du conservateur est, dans une certaine mesure, allégée par une meilleure organisation de la publicité, il est évident qu'elle est, par contre, beaucoup plus étendue, parce que le contrôle a une portée plus large et qu'il s'exerce sur toutes les formalités et non pas seulement sur les radiations d'hypothèques. Nous avons vu la complexité des problèmes juridiques que pose l'application de la loi foncière. Il est un autre aspect de la mission du conservateur qui a été seulement effleuré dans cette étude et qui est plus périlleux encore : c'est l'enchevêtrement de législations qui résulte, dans un pays cosmopolite, de l'application de la loi nationale des intéressés aux questions de capacité, de régime matrimonial et de successions; c'est surtout l'absence de codification des droits musulman et mosaïque, la dualité des rites du droit musulman et l'insuffisance de la documentation. Des circonstances de fait, au premier rang desquelles il faut placer l'inexistence du notariat, contribuent encore à rendre très lourde la responsabilité qui pèse sur le conservateur.

499. — CAUTIONNEMENT. DURÉE DE LA RESPONSABILITÉ. — La responsabilité du conservateur est garantie par un cautionnement constitué suivant des modalités que règle le décret du 14 juin 1886. L'affectation du cautionnement, dit l'art. 6 de ce texte, « subsistera pendant toute la durée des fonctions et dix ans après ». Cette formule est littéralement reproduite de l'art. 8 de la loi du 21 ventôse, an VII. La disposition de la loi de ventôse est considérée comme emportant dérogation à la règle de la prescription trentenaire, en ce sens que cette prescription est applicable tant que le conservateur demeure en fonctions, mais que la durée de la responsabilité est exceptionnellement limitée à l'expiration de la dixième année qui suit l'expiration des fonctions. Le décret beylical de 1886 doit recevoir la même interprétation.

CONCLUSION

CHAPITRE PREMIER

RÉSULTATS OBTENUS PAR LA RÉFORME FONCIÈRE

§ 1. — Immatriculation des terres

500. — DONNÉES STATISTIQUES. — Le régime foncier institué par la loi du 1^{er} juillet 1885 et mis en vigueur le 15 juillet 1886 n'a pris de l'extension qu'après les exonérations fiscales réalisées par les décrets des 15 et 16 mars 1892. Il comptait donc, au 31 décembre 1932, quarante années d'application.

Durant cette période, il a été déposé 20.874 réquisitions d'immatriculation portant sur une superficie totale de 2.206.375 hectares. 15.738 titres de propriété ont été établis à la suite de décisions du Tribunal mixte. La contenance des immeubles immatriculés est de 1.389.922 hectares, celle des propriétés en instance d'immatriculation s'élève à 450.000 hectares environ. Des lotissements très nombreux, surtout au cours des dernières années, ont été effectués, tant par suite du morcellement des grands domaines ruraux que par suite de l'agrandissement des villes et des banlieues. Ces démembrements ont porté le nombre des titres de propriété à 42.911.

501. — RÉPARTITION GÉOGRAPHIQUE. — Les immeubles immatriculés se trouvent principalement dans la région du nord. Dans certaines circonscriptions, le tiers et même la moitié des terres sont immatriculées. Ce sont généralement celles dont la mise en valeur est la plus avancée. Dans le centre et le sud, l'immatriculation s'est moins développée : elle est inapplicable aux vastes étendues classées comme terres collectives jusqu'à ce que celles-ci aient été dotées d'un statut juridique, qui est d'ailleurs en préparation : pour les propriétés privées, son extension est fréquemment entravée par l'indivision. On doit cependant noter les progrès qu'elle a accomplis non seulement dans les villes du centre et du sud, mais encore dans les plantations d'oliviers.

502. — PARTICIPATION DES TUNISIENS. — Si l'on considère l'immatriculation au point de vue de la nationalité des propriétaires, on

constate que sur un total de 20.871 demandes, 10.329 ont été déposées par des indigènes, mais, que les demandes émanant de tunisiens deviennent de plus en plus nombreuses : dans les dernières années, la proportion des réquisitions intéressant la propriété indigène a atteint les 3/4 de l'ensemble ⁽¹⁾. Européens et indigènes apprécient également le titre immatriculé parce qu'il les met à l'abri de toute revendication et qu'il constitue un instrument de crédit de premier ordre.

503. — IMPORTANCE DES RÉSULTATS ACQUIS. - On reproche souvent à l'immatriculation de se développer trop lentement. La lenteur de ses progrès, en effet, n'est pas niable. Elle tient pour une part au défaut d'opérations d'ensemble : le caractère facultatif de l'immatriculation fait que celle-ci s'accomplit par fragments et au hasard des demandes, dans des conditions de travail qui ne se prêtent pas à un gros rendement. Mais bien d'autres causes contribuent à cette lenteur. Au lieu d'entretenir des illusions, il vaut mieux se pénétrer de cette idée que l'assainissement du régime foncier de la Tunisie par l'immatriculation est une œuvre difficile et nécessairement longue.

En tous cas, il serait bien inexact et injuste de méconnaître l'importance de l'effort d'assainissement qui a été accompli depuis 40 ans et des résultats qui ont été obtenus. Il n'y a que 1.800.000 hectares environ immatriculés ou en voie de l'être. Si l'on se borne à rapprocher ce nombre modeste de la superficie totale de la Tunisie qui est de 12 millions 500.000 hectares ou seulement de sa superficie utile, déduction faite des terrains absolument improductifs, approximativement 9 millions d'hectares, on conclura que le travail de 40 ans représente une faible partie de la tâche qu'avait tracée le législateur et que le succès a été médiocre. Mais ce serait une vue simpliste. On porterait un jugement plus exact si l'on avait des éléments pour comparer l'importance respective des propriétés immatriculées et de celles qui ne le sont pas. Ces éléments de comparaison manquent. Cependant on peut affirmer que les propriétés qui sont, d'ores et déjà, placées sous le nouveau régime représentant la partie la plus considérable de la richesse immobilière actuelle du pays. Les immeubles européens des villes et les propriétés rurales des colons français et italiens, en totalité — ou peu s'en faut —, de nombreuses maisons et terres indigènes, en somme presque tous les biens qui

(1) En 1927, 548 sur 782; en 1928, 539 sur 756; en 1929, 529 sur 761; en 1930, 536 sur 823; en 1931, 430 sur 682 et en 1932, 400 sur 567.

sont entrés dans la circulation ont leur titre immatriculé. Mais il reste, en dehors de l'immatriculation, la majeure partie de la petite propriété paysanne indigène qu'il importerait grandement de consolider et de défendre contre l'usure. Il reste aussi d'immenses espaces incultes qui représentent une richesse latente, mais dont la mise en valeur est retardée par des circonstances démographiques, sociales, économiques, climatiques, autant et plus que par des obstacles juridiques.

§ 2. — Crédit hypothécaire

504. — IMPORTANCE DES CAPITAUX ENGAGÉS. — Dans ce pays, où tout était à créer et où les capitaux faisaient défaut, on a recouru largement, quelquefois imprudemment, au crédit hypothécaire. Les constructions, les défrichements, les plantations, l'outillage agricole et industriel ont été payés à l'aide d'emprunts sur hypothèques. C'est grâce à la sécurité qu'offrait le régime de l'immatriculation que les propriétaires ont pu trouver, en France et à l'étranger, mais surtout en France, tous les fonds qui leur étaient nécessaires. Les hypothèques actuellement inscrites et non radiées atteignent un milliard et demi de francs; de tels chiffres témoignent de l'importance des services que la réforme foncière a rendus au développement économique.

505. — TAUX DE L'INTÉRÊT. — Le crédit hypothécaire est beaucoup moins cher pour les immeubles immatriculés que pour les propriétés non immatriculées, mais si l'usure ne ronge pas les unes autant que les autres, les conditions des prêts sont cependant et ont toujours été trop onéreuses. Le taux de l'intérêt se tenait, avant la guerre, entre 6 et 8 % alors que dans la Métropole il était très sensiblement plus bas. La dévalorisation du franc de 1919 à 1926 a eu pour conséquence naturelle de le faire monter jusqu'à 9, 10 et même 12 %. Mais l'intérêt aurait dû redevenir normal après la stabilisation. Il n'a pas baissé autant qu'il eut été désirable puisqu'il varie encore aujourd'hui de 7 à 11 % suivant la position du débiteur et la marge de sécurité qu'offre la valeur du gage. Ce loyer élevé de l'argent tient à des causes multiples parmi lesquelles les habitudes de lucre chez les capitalistes, l'immoralité de quelques intermédiaires et — de la part de certains débiteurs — l'irrégularité dans les paiements sont des facteurs prépondérants. La baisse du taux de l'intérêt serait très souhaitable : une si fructueuse rémunération des capitaux était supportée assez allègrement à l'époque des plus-values immobilières,

elle constituait, dans certains cas, une sorte de participation aux bénéfices de spéculateurs; au contraire, en période de dépression économique, le prélèvement qu'opèrent les créanciers sur l'économie tunisienne est une charge excessivement lourde.

On pourra tenter d'appeler dans le pays des capitaux plus abondants et moins exigeants par la mobilisation du crédit hypothécaire (*supra*, n^{os} 380 et suiv.). Mais la perfection juridique du régime des hypothèques sera, à elle seule, impuissante à lutter contre des conditions morales et économiques défavorables. C'est principalement par l'éducation des débiteurs ⁽¹⁾ qui devraient mieux défendre leurs intérêts au moment de contracter et qui devraient, ensuite, mieux respecter leurs engagements; c'est aussi par une intervention plus active d'établissements puissants, en particulier du Crédit foncier de France, qu'on améliorera réellement les prêts sur les biens immatriculés et qu'on obtiendra d'une organisation qui a été créée pour rendre facile le crédit de la terre tous les avantages qu'elle devrait procurer.

(1) Le débiteur devrait rechercher les prêts à long terme et particulièrement les prêts amortissables. Il emprunte généralement pour une courte durée (de 1 à 5 ans). A l'échéance, il se libère en empruntant ailleurs. Ainsi, il supporte des frais très élevés et, à chaque renouvellement, voit sa dette augmenter.

CHAPITRE II

PROPOSITIONS DE RÉFORME

506. — UTILITÉ D'UNE RÉVISION DE LA LOI FONCIÈRE. — On a pu se rendre compte des imperfections du texte qui est sorti des travaux des commissions de 1885, 1886 et 1892. La loi est fort incomplète elle est souvent obscure et brutale. Ses dispositions originales sont disséminées parmi celles copiées dans le code civil. Il n'y a eu aucun plan. On a beaucoup de peine à retrouver et coordonner des vues d'ensemble. Les principes les plus importants, ceux qu'il était le plus nécessaire d'énoncer clairement parce qu'ils s'éloignent du droit auquel nous sommes accoutumés, sont formulés sans doute, mais parfois en des termes presque sibyllins. Les conséquences et les exceptions ne sont pas en général indiquées, de sorte qu'il reste à l'interprète bien des problèmes à résoudre pour lesquels il n'a d'autre guide que le raisonnement.

On s'est accommodé de ces textes insuffisants et l'application qui en a été faite vaut mieux que la loi elle-même. Il s'est créé, à côté du droit écrit, le complétant, le tempérant, une sorte de droit coutumier. Dans l'ensemble, l'entreprise commencée en 1885 a été une réussite parce que les idées directrices de la réforme, si médiocrement exprimées dans la loi, étaient des idées fécondes et que les magistrats et fonctionnaires, à qui incombait l'exécution, ont mis une véritable conviction et une persévérance très louable à vaincre les difficultés. Mais, à mon avis, il est temps qu'on donne à l'édifice une base plus solide. On n'y arrivera qu'en refondant entièrement la législation. Ce serait une tâche délicate, mais que l'expérience acquise permettrait de mener à bien. La réforme devrait être abordée avec le parti-pris d'écarter toute innovation lourde d'inconnu, tout bouleversement. Il s'agirait uniquement de consacrer ce qui existe, mais qui est encore fragile. On serait guidé par le souci d'affermir, en les précisant, les principes fondamentaux de notre système et, en même temps, de concilier, autant que faire se pourrait, l'application de ces principes avec les règles du droit français.

Atteindre ce double but ne serait pas faire œuvre purement spéculative, ce serait servir utilement, pratiquement, les intérêts en jeu. L'imprécision actuelle des textes, l'opposition qui existe trop souvent entre certaines solutions interprétatives et celles du code civil sont

des dangers redoutables dans les procès. « Tout se plaide et tout se juge » disent de vieux avocats sceptiques. Il est à craindre qu'il ne puisse en être particulièrement ainsi des questions du droit foncier tunisien. Le législateur ne saurait laisser le public exposé à des surprises jurisprudentielles. Il se doit aussi de défendre ce livre foncier qui a été si laborieusement édifié et qui est une des réalisations les plus heureuses du protectorat.

J'ai indiqué, chemin faisant, de nombreux points de détail sur lesquels il conviendrait de modifier ou de compléter la loi. Il est inutile d'y revenir. Je n'indiquerai ci-après que les questions générales.

507. — IMMATRICULATION. — La réforme de l'immatriculation est celle qui a été le plus souvent réclamée. Toutes les critiques qui sont dirigées contre le régime en vigueur ne sont d'ailleurs pas fondées. En particulier la révision de la loi ne saurait que consacrer plus expressément les pouvoirs d'appréciation du Tribunal mixte (*supra*, n^{os} 76 et suiv.).

Comme l'écrivait M. Lucien Dubourdiou dans un rapport à la commission de législation foncière de 1919, « les progrès de l'immatriculation seraient payés trop cher s'ils devaient se traduire par des spoliations ». Mais il y aurait tout intérêt à chercher les moyens de simplifier et d'accélérer la procédure.

Celui qui vient le premier à l'esprit serait de rendre plus efficaces les mesures de publicité : le tribunal immatriculerait avec plus de sécurité de conscience et plus de promptitude s'il était certain que tous les intéressés ont été avertis. Malheureusement, ce n'est pas chose aisée que d'instituer une publicité qui atteigne vraiment son but : on pourrait envisager la création d'une publication périodique faisant connaître, sous forme de tableaux et par caïdats, l'ensemble des demandes d'immatriculation en cours.

Un autre moyen de réalisation plus facile consisterait à décharger le tribunal du soin de procéder lui-même aux mesures d'instruction : d'une part, on ferait plus largement appel à la collaboration du topographe chargé du bornage ⁽¹⁾; d'autre part, on étendrait la mission et les pouvoirs du juge-rapporteur.

(1) Dans son rapport à la commission de 1919, M. Dubourdiou proposait de faire courir le délai des oppositions de la clôture du récolement de bornage au lieu de le faire courir de la clôture du bornage. « Ce récolement serait annoncé par un avis inséré au *Journal officiel* et dans lequel seraient précisées les indications topographiques permettant d'identifier la propriété. Les riverains désignés au procès-verbal de bornage seraient, en même temps, convoqués individuellement par le service topographique. Au jour fixé, les intéressés se trouveraient ainsi rapprochés en présence du géomètre qui leur fournirait tous éclaircissements nécessaires, s'efforcerait de les concilier, et, en cas d'insuccès, procéderait, séance tenante, au bornage des oppositions ».

Il y aurait lieu de prendre des mesures qui sont, à mon avis, les correctifs nécessaires du principe de la purge des droits antérieurs et qui, en allégeant sensiblement la responsabilité morale du Tribunal mixte, seraient de nature à rendre l'immatriculation plus facile et plus rapide : 1° ouvrir plus largement le recours en dommages-intérêts de la partie lésée contre le bénéficiaire de l'immatriculation (*supra*, n° 127); 2° rétablir le fonds d'assurance pour couvrir le risque d'insolvabilité du débiteur des dommages intérêts (*supra*, n° 112).

Il conviendrait d'examiner si le compromis réalisé par le décret du 16 juillet 1899, en ce qui concerne les actes intervenus pendant l'instance en immatriculation, doit être maintenu ou si le sort de ces actes peut être réglé autrement (*supra*, n° 106).

De nombreuses questions qui ne sont aujourd'hui tranchées que par la jurisprudence du Tribunal mixte devraient l'être par la loi : celles relatives aux délais d'opposition et aux déchéances, aux moyens de preuve et aux mesures d'instruction, à la compétence du tribunal, aux applications du principe de la purge des droits antérieurs, etc.

L'indivision est un des plus redoutables obstacles que rencontre le fonctionnement du livre foncier. Il y aurait lieu d'examiner s'il ne conviendrait pas de donner compétence au Tribunal mixte pour procéder au partage des propriétés indivises dont l'immatriculation est demandée, notamment dans le cas où il existe des partages de jouissance ⁽¹⁾

A la vérité des remaniements beaucoup plus profonds ont été proposés en cette matière. Ils sont très divers : obligation ou possibilité pour le Tribunal mixte d'immatriculer, soit au profit du requérant, soit au profit de l'opposant. — création d'une immatriculation provisoire pour le cas où la preuve du droit de propriété n'est pas rapportée, mais où la possession est établie. — institution du juge unique pour les affaires qui n'ont pas soulevé d'opposition (système malgache et système expérimenté en Tunisie même par le décret du 25 mars 1924 ordonnant l'établissement du cadastre dans la région de Tébourba). — immatriculation administrative comme au Maroc avec jugement des contestations par les tribunaux de droit commun. — opérations d'ensemble comportant l'immatriculation obligatoire, etc... Chacun de ces systèmes soulève des objections et il est très douteux que l'un ou l'autre conduirait, rapidement et dans des

(1) Voir, à ce sujet, les dispositions du projet Pouyanne (*supra*, n° 19).

conditions satisfaisantes, au résultat que l'on souhaite, à savoir l'assainissement complet du régime foncier.

Cet assainissement, qui est en effet indispensable, mais qui n'est réalisable qu'à longueur d'années et par étapes, doit, semble-t-il, être cherché dans une autre voie et sans qu'il soit apporté de modifications profondes à une organisation qui a fait ses preuves. Les études qui ont été entreprises aboutiront vraisemblablement à l'institution pour les propriétés non immatriculées d'une publicité réelle sans purge des droits antérieurs. Le fonctionnement de cette publicité clarifierait dans une large mesure la situation juridique des immeubles non inmatriculés et préparerait leur immatriculation qui pourrait plus tard être opérée suivant une procédure simple et rapide ⁽¹⁾.

508. — RÉGIME DE LA PROPRIÉTÉ ET DES DROITS RÉELS. — Les dispositions relatives à la propriété et à l'usufruit sont empruntées au code civil; il n'y a pas de modifications importantes à y faire. Mais le rétablissement de la prescription acquisitive, sous la réserve des droits des tiers, serait une réforme considérable dont l'intérêt a été exposé (*supra*, n° 176). Il serait utile de restreindre l'exercice du droit de préemption. La législation de l'*enzel* devrait être revue et améliorée; de même celle des servitudes, du droit de superficie, de l'emphytéose.

509. — PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES. — La matière des privilèges paraît être à remanier : restriction du privilège du trésor à certains impôts, les autres créances de l'Etat étant assorties d'une hypothèque légale soumise à l'inscription (*supra*, n° 241), transformation du privilège du crédi-rentier de l'*enzel* en hypothèque légale. Les privilèges de l'art. 2.101 pourraient être rétablis à la condition de passer après les hypothèques (*supra*, n° 232). Les questions que posent le droit de rétention et la séparation des patrimoines seraient à examiner.

Le régime des hypothèques, empunté au droit belge, mérite d'être maintenu dans son ensemble, mais la loi présente des lacunes déjà signalées. La réglementation des hypothèques légales ou forcées des incapables est peu satisfaisante (*supra*, nos 297 et 307). De même celle des hypothèques du vendeur et du co-partageant. Diverses dis-

(1) V. *Un projet tunisien de réforme du régime de l'immatriculation*, par M. Louis Milliot, (R. A., 25, 1, 19).

positions du code civil relatives aux radiations devraient être adoptées.

L'inscription du commandement, qui remplace l'hypothèque judiciaire, joue un rôle nécessaire, mais il serait d'une grande importance pratique de compléter les dispositions qui la régissent, d'atténuer les rigueurs de ce système et d'en prévenir les abus (*supra*, n° 334).

Enfin il y aurait lieu d'autoriser l'emploi de formes nouvelles du crédit hypothécaires : obligations à ordre ou au porteur, bons hypothécaires (*supra*, n°s 380 et suiv.).

510. — PRINCIPES DE PUBLICITÉ, LÉGALITÉ ET FORCE PROBANTE. — C'est cette partie de la loi qu'il serait le plus utile de réviser. Cette revision aurait pour objet capital de mettre en relief les règles du système des livres fonciers et de déterminer les applications de ces règles. Dans cet ordre d'idées qui a été examiné en détail aux chapitres précédents, je signale spécialement les conséquences de la force probante et les points sur lesquels doit s'exercer le contrôle du conservateur. L'auteur de la note publiée dans le recueil Sirey (10, 2, 289) concluait « On ne peut donc que faire des vœux pour que la loi tunisienne soit, sans retard, l'objet d'une révision qui précise nettement les principes et fasse désormais disparaître toute chance de surprise ». Je ne puis que renouveler ces vœux. Sur toutes les questions que pose l'adaptation de notre régime aux règles du droit français, le législateur tunisien trouverait un excellent modèle dans l'avant-projet de réforme arrêté le 16 mars 1905 par la Commission extra-parlementaire du cadastre sur le rapport de M. Massigli. Les textes mis en vigueur à Madagascar, au Congo, en Afrique Occidentale, au Maroc et en Indo-Chine et ceux des départements alsaciens-lorrains seraient utilement consultés.

Il y aurait lieu également de rechercher les moyens de faire que les actes à inscrire soient mieux établis, qu'ils présentent plus de garanties pour les parties et pour le conservateur ⁽¹⁾. A ce point de vue et à d'autres que j'ai eu l'occasion de signaler, la création d'un notariat français serait désirable.

Il importerait d'assurer l'exécution des formalités de publicité. Trop souvent l'inscription n'est faite qu'avec de longs retards. Il est à craindre qu'un certain nombre d'actes n'y échappent complète-

(1) En particulier, la légalisation des signatures sur les actes sous seings privés devrait être entourée de plus de précautions. Consulter, à ce sujet, les propositions faites en Algérie, par M. Pouyanne, en 1905.

ment. Ces situations sont pleines de dangers pour les acquéreurs et pour l'institution même du livre foncier. Les notaires arabes, les notaires français, s'il en était créé, et tous officiers publics ou ministériels devraient être tenus de faire inscrire les actes auxquels ils auraient participé. Pour atteindre le but, il faudrait aussi s'attacher à rendre facile l'inscription des actes. Certains obstacles se dressent que peut-être il conviendrait d'aplanir : la copie du titre n'est pas en la possession du requérant (*supra*, n° 398) ou bien il s'agit d'un morcellement d'immeuble et on est obligé d'attendre la délivrance par le service topographique d'un plan de lotissement (*supra*, n° 387); des prénotations spéciales pourraient être admises sous certaines conditions dans ces deux cas.

Comme, malgré tout, le fonctionnement de la publicité ne saurait aller sans quelque déchet, que surtout pour les terres de grande indivision il n'est pas permis d'espérer que tous les titres seront régulièrement tenus à jour, il faudrait ouvrir une issue dans les cas exceptionnels où le conservateur ne pourrait plus être mis en mesure de reconstituer la chaîne des mutations antérieures. Ce serait une nouvelle procédure de purge publique, une réimmatriculation. L'adoption d'une mesure de ce genre paraît subordonnée au rétablissement de la prescription acquisitive (*supra*, n° 176). Grâce à la réimmatriculation et par le jeu normal de l'usucapion, on régulariserait des situations de fait, contraires aux énonciations du livre foncier qui sont encore aujourd'hui peu nombreuses, mais dont le nombre risque de s'accroître à mesure que l'immatriculation s'étendra aux propriétés rurales indigènes. Il importe grandement, dans l'intérêt même de la réforme accomplie en 1885, de prévenir des difficultés qui demeureraient inextricables si la législation n'était pas modifiée.

511. — L'œuvre à accomplir pour mettre au point la législation de 1885 ne serait ni longue, ni coûteuse. Il suffirait qu'elle fût entreprise avec la volonté d'aboutir et dans des conditions qui en permitsent la réussite. Le silence du cabinet lui conviendrait mieux que des débats tumultueux.

Révisé de manière à lever les incertitudes actuelles, avec le sens des réalités pratiques et le souci de l'équité, notre régime immobilier pourrait prétendre à une quasi-perfection. Le livre foncier, mieux adapté aux principes juridiques et aux besoins des affaires, serait désormais pour tous les droits légitimes un asile sûr, d'un accès

facile. Il procurerait à tous plus de commodités, de sécurité et de justice.

Il ne resterait plus alors qu'à faire entrer dans ce livre foncier, aménagé pour les recevoir, les propriétés urbaines et rurales appartenant dans l'ensemble du territoire aux divers éléments de la population. Cela est un autre problème, qui n'est pas purement juridique. Sa solution ne saurait être immédiate; il est permis, toutefois, de la vouloir proche. Elle supposerait une série de mesures coordonnées d'après un plan d'ensemble. Comme dans toute entreprise de longue haleine, le succès serait en fonction de l'unité de vues, de l'activité et de la persévérance qu'on apporterait dans l'exécution.

Ce n'est pas méconnaître l'importance et l'urgence du problème que pose l'assainissement de la propriété indigène que de signaler, comme d'un intérêt aussi considérable, celui, moins aperçu du public, qui consiste dans la révision de la loi foncière. Ces questions sont au contraire liées entre elles et régler l'une serait contribuer efficacement à résoudre l'autre. La base de tout assainissement immobilier est la publicité. En Tunisie, la publicité réelle a cause gagnée dans tous les milieux. On doit donc assigner à la propriété arabe, pour terme final de son évolution, l'application du statut de la terre immatriculée. Mais on ne saurait engager la population indigène dans la voie qui conduira, avec les transitions nécessaires à l'unité de législation, sans donner, en même temps, à notre livre foncier de solides garanties de développement et de durée.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES ⁽¹⁾

A

- Absence (déclaration d').** — Publicité, 436.
- Actes.** — Dépôt à la conservation, 392, 410. — Forme des actes, 399, 400, 401. — Enonciations exigées, 402. — Actes faux, 470. — Vices de forme, 472. — Vérification de l'identité des parties, 470, 489. — Vérification de la régularité en la forme, 491.
- Actes notariés arabes.** — 405, 489.
- Actes sous seings privés.** — Constitution d'hypothèque, 278, 279. — Admission des actes sous seings privés, 399. — Légalisation des signatures, 403, 489. — Parties illettrées, 404.
- Act Torrens.** — 8 et suiv.
- Adjudications.** — *V. ventes judiciaires.*
- Afrique Equatoriale française.** — *V. Congo français.*
- Afrique Occidentale française.** — 33.
- Algérie.** — 16, 29.
- Allemagne.** — Origines du livre foncier, 6, 7.
- Alsace et Lorraine.** — 30.
- Antichrèse.** — 227 et suiv.
- Antiquités.** — 162, 217.
- Assurances.** — Attribution des indemnités aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, 349.
- Australie.** — 8 et suiv.

B

- Bail.** — Purge résultant de l'immatriculation, 117. — Bail emphytéotique, 204 et suiv. — Bail d'un fonds hypothéqué, 344. — Publicité des baux, 445. — Quittances ou cessions de loyers non échus, 446. — Sous-locations, cessions de bail, 447. — *V. mogharsa.*
- Belgique.** — Emprunts de la loi foncière au droit belge, 18.
- Bénéfice d'inventaire (acceptation sous).** — Effets au point de vue de l'inscription des hypothèques, 340. — Publicité, 435.
- Bornage.** — Avis de bornage, 61. — Concours des autorités indigènes, 62. — Bornage provisoire, 63. — Lotissements, 387.

(1) La table alphabétique renvoie aux numéros des rubriques.

C

Caïds. — Concours à l'immatriculation, 62 et suiv.

Cameroun. — 37.

Capacité. — Réquisition d'immatriculation, 59. — Constitution d'hypothèque, 280. — Mainlevée, 341. — Nullités dérivant du défaut de capacité, 476. — Vérification de la capacité par le conservateur, 490.

Cession de la créance et cession de l'hypothèque. — 271, 430.

Cheikhs. — Concours à l'immatriculation, 62, 63.

Code civil français. — Adaptation du livre foncier au code civil, 3, 17. — Application du code civil, 140. — *V. conflit des lois, statut personnel et successoral.*

Commandement. — *V. inscription du commandement.*

Commission extraparlamentaire du cadastre. — Projet de réforme, 28.

Communauté matrimoniale. — *V. femme mariée.*

Compétence. — Conflits entre les juridictions ordinaires et le Tribunal mixte, 81 et suiv. — Compétence des tribunaux français, 147 et suiv.

Congo français. — 32.

Conflits des lois. — Loi territoriale, 137, 138. — Art. 1 et 2 de la loi foncière, 139. — Code civil français, 140. — Loi personnelle, 141, 142. — Théorie du renvoi, 143. — Ordre public, 144, 145. — Habous, 153. — Servitudes, 154. — Partage, 166, 483 et suiv. — Séparation des patrimoines, 248 et suiv. — Hypothèques légales ou forcées, 289, 290. — Nullités de la faillite, 339. — Révocation des donations, réduction pour atteinte à la réserve, 468.

Conservateur de la propriété foncière. — Immatriculation, 53, 60, 66, 68, 93, 95, 96, 100, 101, 105. — Inscriptions et radiations d'hypothèques, 335, 341. — Organisation de la publicité réelle, 384 et suiv. — Modes de communication des renseignements, 390. — Copies et états, 391. — Dépôt des actes aux archives, 392. — Rédaction de l'inscription, 407. — Réquisition d'inscrire, inscription prise d'office, 408. — Obligations du requérant, 409. — Dépôt des actes, 410. — Registre des dépôts, 411. — Contrôle préalable des actes présentés à l'inscription, 487 et suiv. — Responsabilité civile du conservateur, 498. — Cautionnement, durée de la responsabilité, 499.

Constructions sur le terrain d'autrui. — Droit d'accession, 164, 165. — Droit de rétention, 245, 246. — Fonds hypothéqué, 275.

Consuls. — Attributions notariales, 399. — Légalisations des signatures, 403.

Contrôle préalable à l'inscription. — *V. légalité.*

Contrôleurs civils. — Attributions notariales, 399. — Légalisations des signatures, 403. — Illettrés, 404.

Copie du titre de propriété. — Mise en gage, 374, 375. — Délivrance, 393. — Mise à jour, 394. — Certificats de conformité, 395. — Suppression de la pluralité des copies, 396. — Perte, 397. — Avantages et inconvénients, 398. — Refus d'inscription, 496.

Co-propriété. — *V. indivision.*

D

Décès (mutations par). — Assujettissement à la publicité, 417 et suiv. — Caractère particulier de la publicité, 433. — Etendue de la règle, 434. — Pièces justificatives, 435.

Déclinatoire de compétence devant le Tribunal mixte. — 85 et suiv.

Demande d'immatriculation. — *V. réquisition d'immatriculation.*

Dessaisissement des juridictions ordinaires au profit du Tribunal mixte. — 84.

Dol. — Immatriculation dolosive, 126 et suiv. — Nullité des contrats pour cause de dol, 471.

Domaine public. — Exception à la purge des droits antérieurs à l'immatriculation, 130 et suiv. — Incorporation de parcelles déclassées du domaine public, 135, 136. — Expropriation pour cause d'utilité publique, 163.

Donations. — Donation avec charges, 312. — Publicité, 426, 434. — Rapport à succession, 466. — Révocation pour ingratitude, 467. — Révocation pour survenance d'enfant, 468. — Révocation volontaire des donations entre époux, 468. — Réduction pour atteinte à la réserve, 468.

Dotalité. — 306, 476, 490, 495.

Droit musulman. — Organisation de la propriété, 19. — Habous, 51, 57, 102, 153, 197, 200, 263, 432, 495. — Mogharsa, 118, 159, 450. — Statut personnel et successoral, 139, 141, 145, 152. — Contiguïté d'immeubles, servitudes, 154. — Contrats de locations perpétuelles, khoulou, kirdar, 157. — Contrats de nantissement immobilier, 158, 228. — Chefaa, 167 et suiv., 465. — Enzel, 180 et suiv. — Rente de l'enzel, 194 et suiv. — Droits d'alou et de haoua, 211.

Droits réels immobiliers. — Purge résultant de l'immatriculation, 107 et suiv. — Enumération, 156. — Publicité, 417 et suiv., 493.

E

Echange. — Hypothèque légale ou forcée, 313. — Publicité, 426.

Ecoulement des eaux. — Servitude, 216.

Emphytéose. — Origine, définition, 204. — Durée, 205. — Présomption légale, 206. — Droits de l'emphytéote, 207. — Absence de réglementation, 208. — Hypothèque sur l'emphytéose, 269.

Enclave. — Servitude de passage, 220.

Enzel. — Définition, 180. — Origine, 181. — Evolution, 182. — Réforme de 1885, 183. — Nature du contrat d'enzel, 184. — Droit de l'enzeliste, 185. — Constitution d'une deuxième rente, 186. — Aliénation, 187, 188. — Perte de l'immeuble, 189. — Déguepissement, 190. — Poursuites du crédi-rentier, 191. — Expropriation, 192. — Obligations personnelles de l'enzeliste, 193. — Droit réel du crédi-rentier, 194. — Saisie de la rente, 195. — Cession de la rente, 196. — Morcellement, 197. — Rachat des

rentes, réforme de 1905, 198. — Taux du rachat, 199. — Rentes habous, 200. — Procédure du rachat, 201. — Situation actuelle, 202. — Privilège du crédi-rentier de l'enzel, 242 et suiv., 408. — Hypothèque sur l'enzel, 267.

Erreurs matérielles (rectification des). — Immatriculation, 99 et suiv. — Inscriptions du conservateur, 416.

Etages. — Propriété d'étages, 49, 168, 209, 210, 211.

Expropriation pour cause d'utilité publique. — 163.

F

Faillite. — Réduction de l'hypothèque de la femme mariée, 300. — Inexistence d'une hypothèque au profit de la masse des créanciers, 318. — Hypothèque conventionnelle au cas de concordat, 319. — Inscription du jugement déclaratif de faillite, 319, 425, 431, 495. — Non application de l'art. 448 C. com., 339. — Application des art. 443, 446 et 447 C. com., 477.

Femme mariée. — Immatriculation, droits de communauté, 115. — Hypothèque légale ou forcée, 298 et suiv. — Publicité des droits de la femme commune en biens, 427. — Nullités dérivant de l'incapacité de la femme ou de la totalité de ses biens, 476, 490, 495.

Fonds d'assurance. — Suppression, 112. — Proposition de réforme, 507.

Fonds de commerce. — Nantissement, effets de l'hypothèque, 273.

Force probante des inscriptions. — Généralités, 2, 3, 451 et suiv. — Conditions requises pour se prévaloir de la force probante, 457, 458. — Causes de résolution, 459 et suiv. — Causes de nullité ou de rescision, 469. — Actes faux, 470. — Vices du consentement, 471. — Vices de forme, 472. — Lésion 473. — Caducité résultant d'un recours extraordinaire, 474. — Action paulienne, 475. — Incapacité de l'aliénateur, 476. — Nullités de la faillite, 477. — Prénotation des actions en résolution ou en nullité, 478 et suiv. — Effet rétroactif du partage, 483 et suiv. — Principe de la légalité ou contrôle préalable, 487 et suiv. — Propositions de réforme, 510. — *V. légalité, nullités, publicité, purge des droits antérieurs, résolution, tiers.*

Frais de justice (privilège des). — 237.

Fruits et récoltes. — Acquisition par le possesseur de bonne foi, 178. — Nantissement agricole, effets de l'hypothèques, 273.

G

Gage. — *V. nantissements.*

H

Habitation (droit d'). — 203, 263, 495.

Habous. — Obligation pour le cessionnaire à enzel de requérir l'immatriculation, 46. — Controverse au sujet de l'application de la loi foncière aux habous, 51. — Réquisition d'immatriculation par un dévolutaire,

57. — Droit d'occupation, 102. — Compétence des tribunaux français, 153. — Morcellement des rentes d'enzel habous, 197. — Rachat des rentes habous, 200. — Impossibilité d'hypothéquer, 263. — Publicité des constitutions en habous, 432. — Indisponibilité, 495.

Historique de la législation. — Organisation arabe de la propriété, 19. — Nécessité de la réforme, 20. — Elaboration de la loi, 21. — Révision de 1886, 22. — Décret français de 1888, 23. — Révision de 1892, 24. — Réformes partielles successives, 25. — Organisation du Tribunal mixte, 41, 42, 43. — Conflits de compétence, 85, 87. — Décret du 16 juillet 1899, 104, 105. — Suppression du fonds d'assurance, 112. — Expropriation pour cause d'utilité publique, 163. — Abolition de la prescription, 174, 224. — Enzel, 182, 183. — Rentes d'enzel, 194, 197, 198. — Servitudes de vue, 219. — Inscription du commandement, 327. — Suppression de la pluralité des copies de titres, 396.

Hypothèques. — Purge résultant de l'immatriculation, 120, 121. — Généralités, 252 et suiv. — Principe de la publicité, 255. — Rang, 256. — Effets du défaut d'inscription, 257. — Principe de la spécialité, 258. — Définition, 259. — Nature immobilière, 260. — Caractère accessoire, 261. — Indivisibilité, 262. — Condition d'aliénabilité, 263. — Nature du gage hypothécaire, 264. — Biens susceptibles d'hypothèques, 265 et suiv. — Cession de l'hypothèque, 271, 430. — Accessoires du fonds hypothéqué, 272 et suiv. — Classification, 277 et suiv. — Inscriptions et radiations d'hypothèque, 335 et suiv. — Effets de l'hypothèque à l'égard du débiteur, 343 et suiv. — Droit de préférence, 347 et suiv. — Indemnités d'assurances et autres, 349. — Droit de suite, 350 et suiv. — Extinction des hypothèques et purge, 356 et suiv. — Mobilisation du crédit hypothécaire, 374 et suiv. — Mise en gage de la copie du titre, 375. — Endossement des créances hypothécaires, 376. — Obligations au porteur, 377. — Vues législatives, 380 et suiv. — *V. hypothèques conventionnelles, hypothèques légales ou forcées, inscriptions hypothécaires, obligations, publicité, purge des hypothèques, radiations, spécialité des inscriptions.*

Hypothèques conventionnelles. — Formes de la convention, 278. — Actes passés à l'étranger, 279. — Capacité pour hypothéquer, 280. — Interdiction d'hypothéquer les biens à venir, 281. — Hypothèque de la chose d'autrui, 282. — Spécialité quant aux biens, 283. — Spécialité quant aux créances, 284. — Conservation des intérêts, 285. — Conservation des accessoires, 286.

Hypothèque judiciaire. — Inexistence en Tunisie, 324. — Promesse d'hypothéquer, 325. — *V. inscription du commandement.*

Hypothèques légales ou forcées. — Généralités, 287 et suiv. — Mineur et interdit, 292 et suiv. — Femme mariée, 298 et suiv. — Vendeur d'immeuble, 308 et suiv. — Echangiste 313. — Co-partageant, 314 et suiv. — Absence d'hypothèque au profit de la masse des créanciers de la faillite, 318 et suiv. — **Propositions de réforme**, 509.

Hypothèques testamentaires. — 320 et suiv.

I

Immatriculation. — Origines, 4, 8 et suiv., 16. — Immatriculation judiciaire, 40 et suiv. — Caractère facultatif, 44 et suiv. — Biens susceptibles d'immatriculation, 49 et suiv. — Publicité et bornage, 60 et suiv. — Oppositions, 64 et suiv. — Instruction par le juge-rapporteur, 68 et suiv. — Procédure devant le Tribunal mixte, 74, 75. — Pouvoirs d'appréciation du Tribunal mixte, 76 et suiv. — Conflits de compétence, 81 et suiv. — Jugement de rejet, 90 et suiv. — Jugement d'immatriculation, 93 et suiv. — Absence de voie de recours, 97 et suiv. — Rectification des erreurs matérielles, 99 et suiv. — Faits et conventions intervenus au cours de l'instance, 103 et suiv. — Purge des droits antérieurs, 107 et suiv. — Etendue de la purge, modalités d'application, 113 et suiv. — Autorité des inscriptions prises en vertu de la décision d'immatriculation, 123 et suiv. — Recours en dommages-intérêts, 126 et suiv. — Exception à la purge au profit du domaine public, 130 et suiv. — Incorporation de parcelles déclassées du domaine public, 135, 136. — *V. conservateur de la propriété foncière, oppositions, purge des droits antérieurs, réquisition, service topographique, tribunal mixte, tribunaux français.*

Incapables. — Immatriculation, 59, 70. — Hypothèque du mineur et de l'interdit, 292 et suiv. — Hypothèque de la femme mariée, 298 et suiv. — Force probante des inscriptions, 476. — Vérification de la capacité par le conservateur, 490.

Indivision. — Réquisition d'immatriculation, 58. — Droit au partage, 166. — Droit de préemption ou chefaa, 167 et suiv., 465. — Publicité des actes qui mettent fin à l'indivision, 438 et suiv. — Convention d'indivision, 441. — Effet du partage, 483 et suiv. — Propositions de réforme, 507. — *V. préemption, partage.*

Indo-Chine. — 35.

Inscriptions. — Remplacement de la transcription par l'inscription, 406. — Rédaction de l'inscription, 407. — Réquisition d'inscrire, inscriptions prises d'office, 408. — Obligations du requérant, 409. — Dépôt des actes, 410. — Registre des dépôts, 411. — Différentes sortes d'inscriptions, 412. — Enonciations, 413. — Nullités, 414. — Election de domicile, 415. — Rectification des inscriptions irrégulières, 416. — Dispenses d'inscription, 418. — Nature et rôle de l'inscription, 419. — Définition des tiers, 420. — Conditions requises pour opposer le défaut d'inscription, 421. — Inscription préalable du droit de celui qui dispose, 422 et 494. — Droit de préférence attaché à l'inscription, 423. — Réquisitions d'inscrire présentées le même jour, 424. — Arrêt du cours des inscriptions, 425 et 495. — Applications diverses de la publicité, 426 et suiv. — Force probante des inscriptions, 451 et suiv. — Pertinence de la réquisition d'inscrire, 493. — *V. publicité, force probante, légalité, inscriptions hypothécaires, prénotations.*

Inscriptions conservatoires ou provisoires. — Inscriptions conservatoires d'hypothèques forcées, 296, 304, 309. — Prénotations de l'art. 53, 412, 478 et suiv. — Inscriptions provisoires de l'art. 354, 490. — *V. prénotations.*

Inscription du commandement. — Origine, 326. — Réformes successives, 327. — Droits réels qui peuvent être frappés, 328. — Conditions requises, 329. — Effets, 330, 425, 495. — Etendue de l'interdiction d'inscrire, 331. — Péremption, 332. — Purge, droit de surenchère, 333, 364, 372. — Critique, 334. — Propositions de réforme, 509.

Inscriptions hypothécaires. — Principe de la publicité des hypothèques, 255. — Rang des hypothèques entre elles, 256. — Effets du défaut d'inscription de l'hypothèque, 257. — Principe de la spécialité des inscriptions hypothécaires, 258. — Spécialité quant aux biens, 283. — Spécialité quant aux créances, 284. — Conservation des intérêts, 285 et 336. — Conservation des accessoires, 286. — Hypothèques du mineur et de l'interdit, 295, inscription provisoire, 296. — Hypothèque de la femme mariée, 303, inscription provisoire, 304. — Hypothèque du vendeur, 309, 310. — Hypothèque de l'échangiste, 313. — Hypothèque du co-partageant, 315. — Formes des inscriptions hypothécaires, 335. — Perennité, 337. — Arrêt du cours des inscriptions hypothécaires, 338, 425, 495. — Effets de la faillite, 339. — Effets de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, 340. — Titre hypothécaire inscrit, 346. — *V. hypothèques, inscriptions, publicité, saisie immobilière, spécialité, subrogations.*

Interprètes. — *V. traductions.*

J

Juges de paix. — Concours à l'immatriculation, 60, 63, 66. — Actions possessoires, 179. — Légalisation des signatures, 403. — Illettrés, 404.

Juge rapporteur. — Attributions, 69 et suiv.

K

Khoulou. — 157, 493.

Kirdar. — 157, 493.

L

Légalisation des signatures. — 403, 489.

Légalité (principe de la). — Nécessité du contrôle préalable, 487. — Etendue du contrôle préalable, 488. — Vérification de l'identité des parties, 489. — Vérification de la capacité, 490. — Vérification de la régularité des actes en la forme, 491. — Validité et efficacité des conventions, 492. — Pertinence de la réquisition d'inscrire, 493. — Inscription préalable du droit du disposant, 494. — Disponibilité du droit à inscrire, 495. — Production de la copie du titre, 496. — Production d'un plan de lotissement, 497. — Responsabilité civile du conservateur, 498. — Cautionnement, durée de la responsabilité, 499. — Propositions de réforme, 510.

Litispendance. — Conflits de compétence devant le Tribunal mixte, 81 et suiv.

Liquidation judiciaire. — *V. faillite,*

Livre foncier. — Définition, 1. — Principes, 2. — Adaptation au code civil, 3. — Immatriculation préalable, 4. — Origines du livre foncier, 6 et suiv. — *V. immatriculation, publicité, légalité, force probante, spécialité, titre de propriété.*

Loi nationale. — *V. conflit des lois, statut personnel et successoral.*

Lotissements. — 386, 387, 497, 510.

M

Madagascar. — 31.

Maroc. — 34.

Mines. — Propriété minière, 52.

Mineurs. — Immatriculation, 59, 70. — Hypothèque légale ou forcée, 292 et suiv. — Force probante des inscriptions, 476. — Vérification de la capacité par le conservateur, 490.

Mitoyenneté. — 222.

Mogharsa. — 118, 159, 450.

N

Nantissements. — Nantissements immobiliers du droit musulman, 158, 228, 493. — Nantissements agricole et de fonds de commerce, 273. — Mise en gage de la copie du titre, 374, 375.

Notariat français. — 278, 346, 381, 382, 399, 404, 407, 435, 476, 489, 490, 498.

Notariat tunisien. — 19, 405, 489.

Nullités. — Annulation d'une radiation d'hypothèque, 342. — Purge des hypothèques, surenchère, 371. — Nullités des inscriptions en la forme, 414 et suiv. — Causes de nullité ou de rescision, 469. — Actes faux, 470, 489. — Vices du consentement, 471, 492. — Actes nuls en la forme, 472, 491. — Lésion, 473, 492. — Incapacité de l'aliénateur, 476, 490. — Nullités de la faillite, 339, 477, 492. — Prénotation des actions en nullité, 478 et suiv. — *V. force probante, légalité, prénotations.*

O

Obligations hypothécaires. — Actes constitutifs d'hypothèques, 278 et suiv. — Obligations à ordre, 376. — Obligations au porteur, 377. — Sociétés d'obligataires, 378. — Bons hypothécaires, 382. — Hypothèque sur soi-même, dette foncière, 383.

Oppositions à l'immatriculation. — Délais, 64. — Forme, 65. — Autorités qualifiées pour les recevoir, 66. — Prorogation des délais, 70. — Mise en demeure des opposants, 71. — Forclusion, 72. — Portée des forclusions, 79. — Oppositions du domaine public, 131.

Oppositions conservatoirise. — *V. inscription du commandement, prénotations.*

P

Parcelles. — Parcelles communes, 223. — Définition de la parcelle, 387.

Partage. — Droit au partage, 166. — Hypothèque légale ou forcée du copartageant, 314 et suiv. — Règle de la publicité, 417 et suiv., 438 et suiv. — Système de la non application de l'art. 883 C. civ., 483. — Système contraire, 484. — Application du statut successoral, 485. — Utilité de l'intervention du législateur, 486. — Maintien des inscriptions, 484, note.

Phosphates. — 161.

Plan. — 67, 386, 387, 497, 510.

Possession. — Effets, 177. — Acquisition des fruits, 178. — Actions possessoires, 179.

Préemption (droit de). — Origine, 167. — Personnes pouvant exercer la préemption, 168. — Ordre de préférence, 169. — Ouverture, 170. — Délais, 171. — Procédure, 172. — Effets, 173, 465.

Prénотations. — Définition, 412, 478. — Domaine d'application de l'art. 53, 479. — Nécessité d'une instance judiciaire, 480. — Autorisation du président du tribunal, 481. — Recours, 482. — Utilité de prénотations spéciales, 387, 510.

Prescription. — Abolition, 174. — Rôle de la prescription extinctive, 175. — Critique, 176. — Etablissement des servitudes, 224. — Extinction des servitudes, 226. — Extinction des hypothèques, 357. — Propositions de réforme, 508, 510.

Privilèges. — Définition, 231. — Suppression des privilèges généraux, 232. — Remplacement par des hypothèques des privilèges spéciaux sur les immeubles, 233. — Enumération, 234, 235. — Dispense de publicité, 236. — Frais de justice, 237. — Trésor public, 238 et suiv. — Crédi-rentier de l'enzei, 242 et suiv. — Droit de rétention, 244 et suiv. — Séparation des patrimoines, 247 et suiv. — Proposition de réforme, 509. — V. *hypothèques légales ou forcées, rente de l'enzei, trésor public.*

Procès-verbaux de bornage. — 63.

Promesse de vente. — 116, 449.

Propriété immobilière. — Titres arabes, 19. — Propriété d'étages, 49, 168, 209 et suiv. — Terres collectives, 50. — Habous, 51. — Théorie générale du droit de propriété, 160 et suiv. — Droit de préemption ou chefaa, 167 et suiv. — Abolition de la prescription, 174 et suiv. — Possession, 177 et suiv. — Enzei, 180 et suiv. — Usufruit, 203. — Droit de superficie, 209 et suiv. — Hypothèque sur la propriété, 266. — V. *enzei, immatriculation, préemption, possession, titres de propriété.*

Publicité (principe et applications, organisation de la). — Généralités sur la publicité réelle, 1 et suiv. — Situation de l'immeuble entre le jugement d'immatriculation et l'établissement du titre, 96. — Publicité des faits et conventions intervenus au cours de l'instance en immatriculation, 103 et suiv. — Publicité hypothécaire, 255 et suiv., 295 et suiv., 301 et suiv., 335 et suiv. — Organisation matérielle de la publicité réelle, 384 et suiv. — Forme des actes et des inscriptions, 399 et suiv. — Principe,

417. — Exceptions à la publicité 418. — Rôle et portée de la publicité, transfert des droits réels par le consentement, 419. — Définition des tiers, 420. — Conditions requises pour opposer le défaut d'inscription, 421, 422. — Droit de préférence attaché à l'inscription, 423. — Réquisitions d'inscrire présentées le même jour, 424. — Arrêt du cours des inscriptions, 425 et 495. — Actes d'aliénation de la propriété, 426. — Femme mariée commune en biens, 427. — Actes d'aliénation des droits réels, 428. — Servitudes, 429. — Subrogations à l'hypothèque, 430. — Jugement déclaratif de faillite, 431. — Constitution en habous, 432. — Mutations par décès, 433 et suiv. — Actes déclaratifs, 438 et suiv. — Baux, 445. — Quittances ou cessions de loyers non échus, 446. — Sous-locations, cessions de bail, 447. — Aliénations sous condition suspensive, 448. — Promesse de vente adjointe à un bail, 449. — Mogharsa, 450. — Publicité des causes de résolution, 459 et suiv. — Prénotation des actions en résolution ou en nullité, 478 et suiv. — Pertinence de la réquisition d'inscrire, 493. — Inscription préalable du droit du disposant, 494. — Disponibilité du droit à inscrire, 495. — *V. conservateur de la propriété foncière, force probante, inscriptions, inscriptions hypothécaires, légalité, prénotations, spécialité, titres de propriété.*

Purge des droits antérieurs à l'immatriculation. — Généralités, 4, 16, 20, 107 et suiv. — Suppression du fonds d'assurance, 112. — Textes, 113. — Controverse, 114. — Effets du régime matrimonial 115. — Ventes sous condition suspensive, promesses de vente, 116. — Baux et autres droits personnels 117. — Mogharsa, 118. — Servitudes, 119. — Hypothèques, 120. — Hypothèques forcées, 121. — Immatriculation sous réserve, 122. — Autorité des inscriptions prises en vertu de la décision d'immatriculation, 123 et suiv. — Recours en dommages-intérêts, 126 et suiv. — Domaine public, 130 et suiv. — *V. immatriculation, tribunal mixte.*

Purge des hypothèques et commandements. — Inscription du commandement, 327, 333. — Utilité de la purge, 360. — Biens susceptibles de purge, 361. — Acquéreur ayant le droit de purger, 362. — Délais, 363. — Procédure, 364. — Dettes non échues, 365. — Caractères de l'offre, 366. — Option des créanciers, 367. — Action résolutoire, 368. — Acceptation des offres, 369. — Réquisition de mise aux enchères, 370. — Formalités de la surenchère, 371. — Effets de l'adjudication sur surenchère, 372. — Cas où la purge n'est pas nécessaire, 373.

R

Radiations des hypothèques. — Hypothèque de la femme mariée, 305, 306. — Règles des radiations, 341. — Annulation d'une radiation, 342.

Récoltes. — *V. fruits.*

Réméré (vente à). — 463.

Rente de l'enzel. — Droit réel du crédi-rentier, 194. — Saisie de la rente, 195. — Cession de la rente, 196. — Morcellement, 197. — Rachat, réforme de 1905, 198. — Taux du rachat, 199. — Rentes habous, 200. — Pro-

cédure du rachat, 201. — Situation actuelle, 202. — Privilège, caractères particuliers, 242. — Différences avec l'hypothèque, 243. — Rente non susceptible d'hypothèque, 267. — Cession de la rente et cession du privilège, 271, 430. — Inscription d'office, 408. — *V. enzel.*

Réquisition d'immatriculation. — Caractère facultatif de l'immatriculation, 44. — Retrait de la demande d'immatriculation, 48. — Forme, 53. — Enonciations, 54. — Pièces justificatives, 55. — Pouvoirs, 56. — Qui peut requérir l'immatriculation, 57. — Co-propriété, 58. — Capacité, 59. — Publicité et bornage, 60 et suiv. — Oppositions, 64 et suiv. — Rejet, 90 et suiv. — Admission, 93 et suiv. — Absence de voie de recours, 97 et suiv. — Faits et conventions intervenus en cours d'instance, 103 et suiv.

Résolution (causes de). — Purge de l'action résolutoire du vendeur, 368. — Publicité des causes de résolution, 459. — Modes de publicité, 460. — Difficultés d'application, 461. — Action en résolution du vendeur pour défaut de paiement du prix, 462. — Condition résolutoire expresse, 463. — Condition résolutoire tacite, 464. — Droit de préemption, retraits, 465. — Rapport à succession, 466. — Révocation de la donation pour ingratitude, 467. — Révocation de la donation pour survenance d'enfant, 468. — Révocation volontaire des donations entre époux, 468. — Réduction des libéralités pour atteinte à la réserve, 468. — Nullité ou redressement des partages d'ascendant, 468.

Rétention (droit de). — Analogie avec les privilèges, 244. — Application aux immeubles immatriculés, 245. — Effets à l'égard des tiers; publicité, 246.

Ruines romaines. — 162, 217.

S

Saisie immobilière. — Adjudication d'immeuble non immatriculé (décret du 16 mars 1892), 47. — Compétence des tribunaux français, 151. — Inscription du commandement, 326 et suiv. — Règles de la saisie, 345. — Titre en vertu duquel la vente peut être poursuivie, 346. — Procédure d'ordre, 348. — Effets de l'inscription de la saisie, 425, 495.

Séparation des patrimoines. — Silence de la loi foncière, 247. — Conflit des lois, 248. — Controverse sur la nature du bénéfice de séparation, 249. — Application aux immeubles immatriculés, 250. — Rang de l'inscription, 251.

Service topographique. — Avis de bornage, 61. — Bornage provisoire, 63. — Avis de clôture, 64. — Etablissement du plan, 67. — Division du fonds, 386. — Plan, 387, 393. — Refus d'inscription à défaut de production d'un plan de lotissement, 497, 510.

Servitudes. — Immatriculation, 119. — Servitudes intéressant des immeubles dont l'un seulement est immatriculé, 154. — Définition, 213. — Caractères juridiques, 214. — Classification, 215. — Servitude naturelle, 216. — Servitudes légales d'intérêt public, 217. — Servitudes légales d'intérêt privé, 218. — Vues et jours, 219. — Passage en cas d'enclave, 220. — Servitudes établies par le fait de l'homme, 221. — Mi-

toyenneté, 222. — Indivision forcée (parcelles communes), 223. — Etablissement des servitudes, 224. — Exercice, 225. — Extinction, 226. — Hypothèque sur les servitudes actives, 270. — Situation des créanciers hypothécaires à l'égard des servitudes passives, 351. — Dispense d'inscription des servitudes naturelles ou légales, 418. — Mode de publicité, 429.

Spécialité des inscriptions. — Généralités, 2, 253, 258. — Spécialité quant aux biens, 283. — Spécialité quant aux créances, 284. — Hypothèque du mineur et de l'interdit, 295. — Hypothèque de la femme mariée, 301 et suiv. — Refus d'inscription, 493. — *V. livre foncier, publicité.*

Statut personnel et successoral. — Principes 139, 141 et suiv. — Compétence du charaa et du tribunal rabbinique, 152. — Droit au partage, 166. — Séparation des patrimoines, 248. — Hypothèques légales ou forcées, 289, 290. — Rapport à succession, 466. — Révocation des donations, 467, 468. — Réduction des libéralités pour atteinte à la réserve, 468. — Effets du partage, 483 et suiv.

Subrogation à l'hypothèque. — 271, 430.

Substitutions. — Publicité, 437.

Successions. — *V. décès, statut personnel et successoral.*

Superficie (droit de). — 49. — Origine, définition, 209. — Critique, 210. — Droits d'alou et de haoua, 211. — Plantations, 212.

Surenchère du dixième. — Droit de surenchère des créanciers chirographaires ayant fait inscrire un commandement, 327. — Réquisition de mise aux enchères, 370. — Formalités, 371. — Effets de l'adjudication, 372.

Syrie et Liban. — 36.

T

Terres collectives. — 50.

Testament. — Hypothèque testamentaire, 320 et suiv. — Publicité, 434, 435.

Tiers. — Tiers détenteur, 164, 165, 244 et suiv., 275, 350 et suiv., 362. — Définition des tiers au point de vue de la publicité, 420. — Conditions requises pour opposer le défaut d'inscription, 421. — Conditions requises pour opposer la force probante, bonne foi, 452 à 458.

Titre hypothécaire inscrit. — 346.

Titres de propriété. — Titres arabes, 19, 55. — Etablissement du titre immatriculé, 95, 96. — Rectification des erreurs matérielles commises au cours de l'immatriculation, 99 et suiv. — Généralités, 384. — Unité foncière, 385. — Division du fonds, 386. — Plan de l'immeuble, 387. — Registre des titres de propriété, 388. — Tables alphabétiques, 389. — Modes de communication des renseignements, 390. — Copies et états, 391. — Délivrance d'un double du titre au propriétaire, 393. — Mise à jour de la copie du titre, 394, 496. — Certificat de conformité, 395. — Suppression de la pluralité des copies, 396. — Perte de la copie, 397. — Avantages et inconvénients de la copie du titre, 398, 496. — Rectification des erreurs commises dans les inscriptions, 416.

Traductions. — Réquisition d'immatriculation, titres arabes, 53, 55. — Rédaction dans une langue étrangère des actes à inscrire, 400. — Traduction orale, 404.

Transcription. — Remplacement par l'inscription, 406. — *V. inscriptions.*

Trésor public (privileges du). — Origine, 238. — Privilège spécial des impôts directs, 239. — Caractéristiques des privilèges du trésor, 240. — Critique, 241.

Tribunal mixte. — Motifs de la création d'un tribunal spécial, 41. — Organisation, 42. — Composition, 43. — Procédure, 74. — Mesures préparatoires, 75. — Pouvoirs d'appréciation, 76 et suiv. — Conflits de compétence, 81 et suiv. — Jugement de rejet, 90 et suiv. — Jugement d'immatriculation, 93 et suiv. — Absence de voie de recours, 97 et suiv. — Rectification des erreurs matérielles, 99 et suiv. — Faits et conventions intervenus au cours de l'instance en immatriculation (décret du 16 juillet 1899), 103 et suiv. — Purge des droits antérieurs, 107 et suiv. — Autorité des inscriptions prises en vertu du jugement d'immatriculation, 123 et suiv. — *V. immatriculation, juge-rapporteur, purge des droits antérieurs, réquisition d'immatriculation.*

Tribunaux français. — Autorité des jugements du Tribunal mixte au regard de la juridiction française, 85, 97, 100 et suiv. — Recours en dommages intérêts de la partie lésée par l'immatriculation, 126 et suiv. — Incorporation de parcelles déclassées du domaine public, 135, 136. — Conflit des lois, 137 et suiv. — Transfert de la compétence immobilière aux tribunaux français, 147, 148. — Etendue de la compétence, 149, 150. — Compétence en matière de poursuites, 151. — Compétence en matière de habous immatriculé, 153. — Compétence en matière de servitudes, 154.

Tribus. — *V. terres collectives.*

U

Usage (droit d'). — 203, 263, 495.

Usucapion. — *V. prescription.*

Usufruit. — Renvoi au droit français, 203. — Hypothèque sur l'usufruit, 268.

V

Ventes. — Hypothèques du vendeur, 308 et suiv. — Action en résolution, 368, 462, 463, 464, 478 et suiv. — Arrêt du cours des inscriptions, 425. — Publicité, 426. — Publicité des droits de la femme commune en biens, 427.

Ventes judiciaires. — Immatriculation (décret du 16 mars 1892), 47. — Compétence, 151. — Inscription d'office, 309, 408. — Procédure d'ordre, 348. — Production de la copie du titre, 394. — Licitacion, publicité, 439.

Vente sous condition suspensive. — Immatriculation, 116. — Publicité, 448.

Vues et jours. — 154, 219.

Z

Zônes militaires. — 132, 217.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

	Pages
EXPLICATION DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	VII
BIBLIOGRAPHIE.....	IX

INTRODUCTION

CHAP. I. — Les principes généraux du système des livres fonciers, n ^{os} 1 à 5.....	3
CHAP. II. — Origines du livre foncier tunisien, n^{os} 6 à 18.....	7
§ 1. — <i>Droit germanique, n^{os} 6, 7.....</i>	7
§ 2. — <i>Régime Torrens, n^{os} 8 à 15.....</i>	8
§ 3. — <i>Autres sources de législation tunisienne, n^{os} 16 à 18..</i>	13
CHAP. III. — Historique de la réforme tunisienne de 1885, n^{os} 19 à 26.	15
CHAP. IV. — Extension du système des livres fonciers en France et dans les possessions françaises, n^{os} 27 à 37.....	22

PREMIÈRE PARTIE

L'IMMATRICULATION

CHAP. I. — Caractéristiques de l'immatriculation, n^{os} 38 à 48.....	39
§ 1. — <i>Considérations générales, n^{os} 38, 39.....</i>	39
§ 2. — <i>Intervention de l'autorité judiciaire, n^{os} 40 à 43.....</i>	40
§ 3. — <i>Caractère facultatif. Exceptions, n^{os} 44 à 48.....</i>	43
CHAP. II. — Biens susceptibles d'immatriculation, n^{os} 49 à 52.....	48
CHAP. III. — Procédure de l'immatriculation, n^{os} 53 à 106.....	54
Section I. — PROCÉDURE PRÉPARATOIRE, n^{os} 53 à 73.....	54
§ 1. — <i>Réquisition d'immatriculation, n^{os} 53 à 59.....</i>	54
§ 2. — <i>Publicité et bornage, n^{os} 60 à 63.....</i>	58
§ 3. — <i>Oppositions, n^{os} 64 à 66.....</i>	60
§ 4. — <i>Instruction par le juge-rapporteur, n^{os} 67 à 73.....</i>	62
Section II. — EXAMEN DE LA DEMANDE PAR LE TRIBUNAL MIXTE, n^{os} 74 à 89.....	66
§ 1. — <i>Procédure devant le Tribunal et pouvoirs d'appré- ciation, n^{os} 74 à 80.....</i>	66
§ 2. — <i>Conflits de compétence, n^{os} 81 à 89.....</i>	72
Section III. — JUGEMENTS DU TRIBUNAL MIXTE, n^{os} 90 à 102.....	78
§ 1. — <i>Jugement de rejet, n^{os} 90 à 92.....</i>	78
§ 2. — <i>Jugement d'immatriculation, n^{os} 93 à 96.....</i>	80
§ 3. — <i>Absence de voie de recours, n^{os} 97, 98.....</i>	82
§ 4. — <i>Rectification des erreurs matérielles, n^{os} 99 à 102....</i>	84
Section IV. — FAITS ET CONVENTIONS INTERVENUS AU COURS DE L'INS- TANCE EN IMMATRICULATION, n^{os} 103 à 106.....	87

	Pages
CHAP. IV. — Purge des droits antérieurs à l'immatriculation , n ^{os} 107 à 136.....	92
Section I. — CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES , n ^{os} 107 à 112.....	92
Section II. — CONSÉQUENCES DE LA PURGE , n ^{os} 113 à 122.....	96
§ 1. — <i>Portée du principe</i> , n ^{os} 113, 114.....	96
§ 2. — <i>Modalités d'application</i> , n ^{os} 115 à 122.....	98
Section III. — AUTORITÉ DES INSCRIPTIONS PRISES EN VERTU DE LA DÉCISION D'IMMATRICULATION , n ^{os} 123 à 125.....	103
Section IV. — RECOURS EN DOMMAGES-INTÉRÊTS DES PERSONNES LÉSÉES PAR L'IMMATRICULATION , n ^{os} 126 à 129.....	105
Section V. — DISPOSITIONS SPÉCIALES RELATIVES AU DOMAINE PUBLIC , n ^{os} 130 à 136.....	108
§ 1. — <i>Exception à la purge des droits antérieurs</i> , n ^{os} 130 à 134.....	108
§ 2. — <i>Incorporation à des immeubles immatriculés de parcelles déclassées du domaine public</i> , n ^{os} 135, 136....	111

DEUXIÈME PARTIE

LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE ET LES DROITS RÉELS IMMOBILIERS

CHAP. I. — Des lois applicables à la propriété immatriculée , n ^{os} 137 à 146.....	115
§ 1. — <i>Statut réel</i> , n ^{os} 137 à 140.....	115
§ 2. — <i>Statut personnel et successions</i> , n ^{os} 141 à 146.....	118
CHAP. II. — Règles de compétence , n ^{os} 147 à 154.....	123
§ 1. — <i>Compétence immobilière</i> , n ^{os} 147 à 151.....	123
§ 2. — <i>Compétence en matière de statut personnel, de successions et de habous</i> , n ^{os} 152, 153.....	125
§ 3. — <i>Contiguïté d'immeubles immatriculés et non immatriculés</i> , n ^o 154.....	127
CHAP. III. — Des immeubles et droits réels immobiliers , n ^{os} 155 à 230.....	130
Section I. — GÉNÉRALITÉS , n ^{os} 155 à 159.....	130
Section II. — LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE , n ^{os} 160 à 179.....	132
§ 1. — <i>Théorie générale</i> , n ^{os} 160 à 166.....	132
§ 2. — <i>Droit de préemption ou chefaa</i> , n ^{os} 167 à 173.....	134
§ 3. — <i>Abolition de la prescription</i> , n ^{os} 174 à 176.....	137
§ 4. — <i>De la possession</i> , n ^{os} 177 à 179.....	141
Section III. — L'ENZEL ET LA RENTE DE L'ENZEL , n ^{os} 180 à 202.....	142
§ 1. — <i>L'enzel</i> , n ^{os} 180 à 193.....	142
§ 2. — <i>La rente de l'enzel</i> , n ^{os} 194 à 197.....	148
§ 3. — <i>Rachat des rentes d'enzel</i> , n ^{os} 198 à 202.....	149
Section IV. — L'USUFRUIT DES IMMEUBLES, L'USAGE ET L'HABITATION , (renvoi) n ^o 203.....	152
Section V. — L'EMPHYTÉOSE , n ^{os} 204 à 208.....	152
Section VI. — LE DROIT DE SUPERFICIE , n ^{os} 209 à 212.....	154

	Pages
Section VII. — LES SERVITUDES FONCIÈRES, n ^{os} 213 à 226.....	157
§ 1. — <i>Généralités</i> , n ^{os} 213, 214.....	157
§ 2. — <i>Différentes sortes de servitudes</i> , n ^{os} 215 à 223.....	158
§ 3. — <i>Etablissement, exercice et extinction des servitudes</i> , n ^{os} 224 à 226.....	161
Section VIII. — L'ANTICHRÈSE, n ^{os} 227 à 229.....	162
Section IX. — LES PRIVILÈGES ET LES HYPOTHÈQUES (renvoi), n ^o 230..	163

TROISIÈME PARTIE

ÉTUDE SPÉCIALE DES PRIVILÈGES ET DES HYPOTHÈQUES

CHAP. I. — Les privilèges , n ^{os} 231 à 251.....	167
Section I. — GÉNÉRALITÉS, n ^{os} 231 à 236.....	167
Section II. — DES DIVERS PRIVILÈGES, n ^{os} 237 à 243.....	169
§ 1. — <i>Privilège des frais de justice</i> , n ^o 237.....	169
§ 2. — <i>Privilège du trésor public</i> , n ^{os} 238 à 241.....	170
§ 3. — <i>Privilège du crédi-rentier de l'enzel</i> , n ^{os} 242, 243....	173
Section III. — DROIT DE RÉTENTION, n ^{os} 244 à 246.....	175
Section IV. — SÉPARATION DES PATRIMOINES, n ^{os} 247 à 251.....	177
CHAP. II. — Généralités sur les hypothèques , n ^{os} 252 à 263.....	180
Section I. — BASES DU RÉGIME HYPOTHÉCAIRE TUNISIEN, n ^{os} 252 à 258.	180
§ 1. — <i>Vues économiques</i> , n ^{os} 252 à 254.....	180
§ 2. — <i>Principes de publicité et de spécialité</i> , n ^{os} 255 à 258...	182
Section II. — CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE L'HYPOTHÈQUE, n ^{os} 259 à 263.	185
CHAP. III. — Biens susceptibles d'hypothèques , n ^{os} 264 à 276.....	188
§ 1. — <i>Hypothèque des immeubles et des droits réels</i> , n ^{os} 264 à 271.....	188
§ 2. — <i>Assiette des hypothèques</i> , n ^{os} 272 à 276.....	193
CHAP. IV. — Des diverses variétés d'hypothèques , n ^{os} 277 à 323.....	195
Section I. — DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE, n ^{os} 278 à 286.....	195
Section II. — DES HYPOTHÈQUES LÉGALES OU FORCÉES, n ^{os} 287 à 319..	200
§ 1. — <i>Observations générales</i> , n ^{os} 287 à 291.....	200
§ 2. — <i>Hypothèques du mineur et de l'interdit</i> , n ^{os} 292 à 297.	203
§ 3. — <i>Hypothèque de la femme mariée</i> , n ^{os} 298 à 307.....	207
§ 4. — <i>Hypothèques du vendeur, de l'échangiste et du co- partageant</i> , n ^{os} 308 à 317.....	216
a) <i>Hypothèque du vendeur</i> , n ^{os} 308 à 312.....	216
b) <i>Hypothèque de l'échangiste</i> , n ^o 313.....	219
c) <i>Hypothèque du co-partageant</i> , n ^{os} 314 à 317....	220
§ 5. — <i>Absence d'hypothèque au profit de la masse des créanciers en cas de faillite</i> , n ^{os} 318, 319.....	221
Section III. — DE L'HYPOTHÈQUE TESTAMENTAIRE, n ^{os} 320 à 323.....	223

CHAP. V. — Remplacement de l'hypothèque judiciaire par l'inscription du commandement, n ^{os} 324 à 334.....	225
§ 1. — <i>Inexistence en Tunisie de l'hypothèque judiciaire</i> , n ^{os} 324, 325.....	225
§ 2. — <i>Inscription du commandement</i> , n ^{os} 326 à 334.....	226
CHAP. VI. — Des inscriptions et radiations d'hypothèques, n ^{os} 335 à 342.....	234
§ 1. — <i>Inscription des hypothèques</i> , n ^{os} 335 à 340.....	234
§ 2. — <i>Radiation des inscriptions d'hypothèques</i> , n ^{os} 341, 342.....	239
CHAP. VII — Effets des hypothèques, n ^{os} 343 à 355.....	243
§ 1. — <i>Effets à l'égard du débiteur</i> , n ^{os} 343 à 346.....	243
§ 2. — <i>Effets à l'égard des autres créanciers</i> , n ^{os} 347 à 349..	246
§ 3. — <i>Effets à l'égard des tiers acquéreurs</i> , n ^{os} 350 à 355....	248
CHAP. VIII. — Extension des hypothèques et purge, n ^{os} 356 à 373...	252
Section I. — EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES, n ^{os} 356 à 359.....	252
Section II. — PURGE DES HYPOTHÈQUES, n ^{os} 360 à 373.....	253
§ 1. — <i>Rôle de la purge. Conditions</i> , n ^{os} 360 à 362.....	253
§ 2. — <i>Délais et procédure</i> , n ^{os} 363 à 369.....	254
§ 3. — <i>Surenchère</i> , n ^{os} 370 à 372.....	256
§ 4. — <i>Aliénations valant purge</i> , n ^o 373.....	259
CHAP. IX. — Mobilisation du crédit hypothécaire, n ^{os} 374 à 383.....	260
§ 1. — <i>Situation actuelle</i> , n ^{os} 374 à 379.....	260
§ 2. — <i>Vues législatives</i> , n ^{os} 380 à 383.....	267

QUATRIÈME PARTIE

ORGANISATION DU LIVRE FONCIER

PRINCIPES DE PUBLICITÉ, LÉGALITÉ ET FORCE PROBANTE

CHAP. I. — Organisation matérielle de la publicité réelle, n ^{os} 384 à 398.....	275
§ 1. — <i>Du titre de propriété</i> , n ^{os} 384 à 387.....	275
§ 2. — <i>Registres et archives du conservateur</i> , n ^{os} 388 à 392..	278
§ 3. — <i>De la copie du titre</i> , n ^{os} 393 à 398.....	283
CHAP. II. — Forme des actes et des inscriptions, n ^{os} 399 à 416.....	291
§ 1. — <i>Actes authentiques et sous-seings privés. Actes notariés arabes</i> , n ^{os} 399 à 405.....	291
§ 2. — <i>Dépôt des actes. Inscription</i> , n ^{os} 406 à 412.....	296
§ 3. — <i>Nullités des inscriptions. Rectifications</i> , n ^{os} 413 à 416.....	300
CHAP. III. — Principe de la publicité, n ^{os} 417 à 425.....	304
§ 1. — <i>Etendue de la règle de publicité</i> , n ^{os} 417, 418.....	304
§ 2. — <i>Rôle et portée de la publicité</i> , n ^o 419.....	306
§ 3. — <i>Personnes pouvant se prévaloir du défaut de publicité</i> , n ^{os} 420, 421.....	309
§ 4. — <i>Sanctions de la publicité</i> , n ^o 422 à 424.....	312
§ 5. — <i>Arrêt du cours des inscriptions</i> , n ^o 425.....	315

	Pages
CHAP. IV. — Applications diverses de la publicité au droit de propriété et aux charges de l'immeuble, n ^{os} 426 à 450.....	318
§ 1. — Mutations entre vifs, n ^{os} 426 à 432.....	318
§ 2. — Mutations par décès, n ^{os} 433 à 437.....	323
§ 3. — Actes déclaratifs, n ^{os} 438 à 444.....	327
§ 4. — Autres conventions, n ^{os} 445 à 450.....	328
CHAP. V. — Principe de la force probante des inscriptions, n ^{os} 451 à 458.....	334
§ 1. — Dualité des systèmes sur la portée de la force probante, n ^{os} 451 à 453.....	334
§ 2. — Dispositions de la loi tunisienne, n ^{os} 454 à 456.....	337
§ 3. — Conditions requises pour se prévaloir de la force probante, n ^{os} 457, 458.....	342
CHAP. VI. — Application des principes de publicité et de force probante aux causes d'éviction, n ^{os} 459 à 486.....	344
Section I. — CAUSES DE RÉSOLUTION, n ^{os} 459 à 468.....	344
§ 1. — Assujettissement à la publicité, n ^{os} 459 à 461.....	344
§ 2. — Causes de résolution non opposables aux tiers à défaut de publicité, n ^{os} 462 à 467.....	346
§ 3. — Causes de résolution susceptibles de réfléchir contre les tiers, n ^o 468.....	350
Section II. — CAUSES DE NULLITÉ OU DE RESCISION, n ^{os} 469 à 477.....	353
§ 1. — Effets de la force probante. Actions diverses, n ^{os} 469 à 475.....	353
§ 2. — Nullités résultant de l'incapacité de l'aliénateur, n ^o 476	355
§ 3. — Nullités de la faillite, n ^o 477.....	358
Section III. — PRÉNOTATION DES ACTIONS EN RÉSOLUTION ET EN NULLITÉ, n ^{os} 478 à 482.....	360
Section IV. — EFFET DU PARTAGE, n ^{os} 483 à 486.....	363
§ 1. — Controverse au sujet de l'application de l'art. 883 du code civil, n ^{os} 483, 484.....	363
§ 2. — Rattachement de l'effet du partage au statut des successions, n ^{os} 485, 486.....	365
CHAP. VII. — Principe de la légalité ou contrôle préalable des actes présentés à l'inscription, n ^{os} 487 à 499.....	368
§ 1. — Consécration par la loi tunisienne du principe de la légalité, n ^{os} 487, 488.....	368
§ 2. — Applications du principe de la légalité, n ^{os} 489 à 497..	372
§ 3. — Responsabilité du conservateur, n ^{os} 498, 499.....	381

CONCLUSION

CHAP. I. — Résultats obtenus par la réforme foncière, n ^{os} 500 à 505..	387
§ 1. — Immatriculation des terres, n ^{os} 500 à 503.....	387
§ 2. — Crédit hypothécaire, n ^{os} 504, 505.....	389
CHAP. II. — Propositions de réforme, n ^{os} 506 à 511.....	391
TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.....	399

Imp. J. ALOCCIO

° ° 6, Rue d'Italie ° °

° ° ° TUNIS ° ° °
